This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

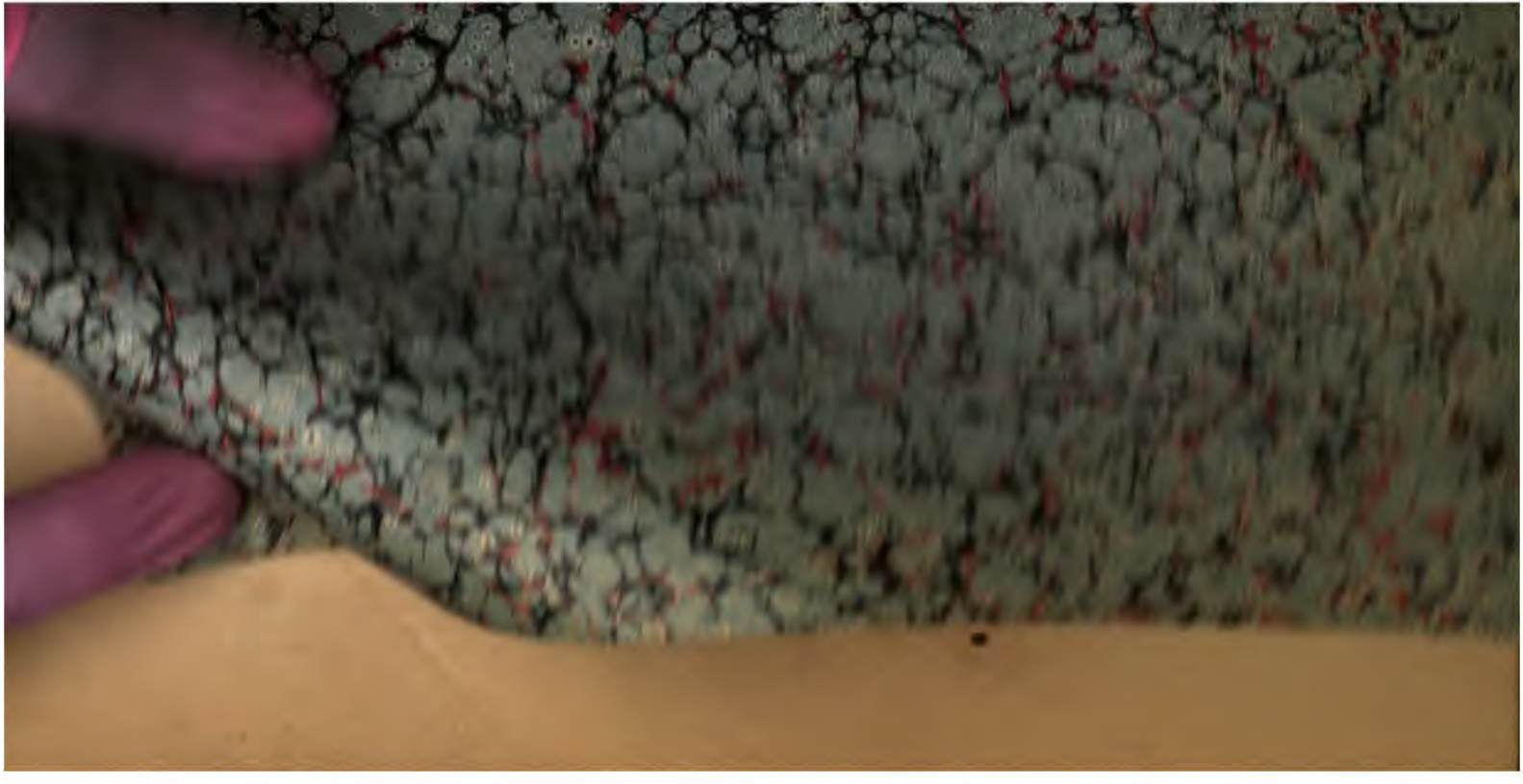
À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 260 790

HARVARD LAW

Received Mar. 5,



REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, rue Racine, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MERMERDEL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Ministère de l'Intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

G. DUFOUR
Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

TOME XVII. — 10me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1860

Rec. Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Pougnet, avocat à la Cour de cassation.

Le jugement rendu au criminel a, au civil, et sur la matérialité des faits déclarés constants, autorité de chose jugée à l'égard de tous, même des tiers, qui n'auraient pas pu, faute de qualité, intervenir dans l'instance criminelle (*Arrêt de la Cour de cassation du* 14 *février* 1860).

I. L'influence sur le civil de la chose jugée au criminel est assurément l'un des problèmes dont l'étude a, dans la doctrine, donné matière aux controverses les plus animées et les plus intéressantes, et a été, dans la jurisprudence, l'objet des décisions les plus nombreuses et les plus variées. Le débat n'est pas clos encore, et un récent arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation (Sirey, vol. LX, 1, 193, du 14 février 1860), par lequel cette chambre semble avoir abandonné les principes suivis jusqu'à ce jour par la Cour suprême, nous suggère quelques réflexions qui, si elles n'ont pu, présentées par nous, déterminer l'adhésion de la chambre des requêtes, trouveront du moins leur justification dans l'importance singulière de la doctrine nouvelle.

II. Quel était jusqu'ici, sur l'ensemble de la question, l'état de la jurisprudence? Peut-être n'est-il pas inutile de le rappeler en quelques mots.

III. L'arrêt ou le jugement d'*acquittement*, motivé par la déclaration que l'accusé ou le prévenu *n'est pas coupable*, ou que le fait délictueux *n'est pas constant*, ne peut avoir aucune autorité au civil; il résulte en effet d'une semblable déclaration que

le fait n'a pas un caractère délictueux, ou que la preuve n'en a pas été rapportée; mais il n'en résulte pas nécessairement qu'il n'a pas été commis et que l'accusé n'en est pas l'auteur; le fait sur lequel reposait l'accusation pourra donc encore être prouvé, à fins civiles, contre l'accusé acquitté; vingt-quatre arrêts de la Cour de cassation, à notre connaissance, et un grand nombre d'arrêts de Cours impériales ont mis ce point hors de toute controverse.

IV. L'arrêt de condamnation a-t-il l'autorité de la chose jugée, au civil, au profit de la partie lésée? Et, à l'inverse, l'arrêt d'acquittement, motivé par la déclaration que *l'accusé n'est pas l'auteur* du fait qui lui était imputé, peut-il être opposé à la partie lésée ou qui se prétend telle, lorsque celle-ci sollicite de la justice civile une déclaration contraire? — La jurisprudence s'est, dans l'un et dans l'autre cas, décidée pour l'affirmative, lors même, dans le dernier, que la partie qui se prétend lésée ne s'est pas portée partie civile. Les principes, à cet égard, ont été fixés par un arrêt de la Cour de cassation (ch. civ.) du 7 mars 1855, conforme à un assez grand nombre de décisions antérieures, conforme aussi, croyons-nous, à l'esprit de la loi, et commandé par les nécessités d'une bonne justice. La jurisprudence s'est inspirée, pour le décider ainsi, de considérations d'ordre public et des principes de l'article 3 du Code d'instruction criminelle... Qu'il nous soit permis dès ici, et tout en applaudissant à la doctrine, de faire quelques réserves sur les motifs qui en ont assuré le triomphe. Suivant nous, si la décision rendue au criminel conserve au civil son autorité, dans les rapports de l'auteur du fait dommageable et des parties lésées, ce n'est pas par la vertu de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, c'est uniquement parce qu'elle y réunit les éléments de la chose jugée : identité de la chose demandée, c'est-à-dire la réparation du dommage; — identité de la cause de la demande, c'est-à-dire la perpétration du fait dommageable; — identité de personnes, enfin, et de la qualité en laquelle elles agissent; — il n'en fallait pas plus pour qu'aux termes de l'article 1351 du Code Napoléon, le jugement rendu au criminel conservât au civil l'autorité de la chose jugée [1]. Cette théorie n'a pas, nous

[1] Et il en est ainsi lors même que la partie qui se prétend lésée ne s'est pas constituée partie civile; elle *eût pu* défendre ses intérêts devant la justice criminelle; la justice civile devra rester sourde à ses réclamations; il y a eu

le savons, l'assentiment général; et l'on s'accorde assez volontiers à enseigner que les matières criminelles ne sont pas régies par les articles 1350 et 1351 du Code Napoléon..... Mais nous avouons ne pas comprendre sans quelque difficulté pourquoi l'on s'ingénie à chercher en dehors du droit commun la justification de décisions que les principes de ce droit lui-même semblent commander, dont ces principes, tout au moins, n'ont à souffrir aucune violence.

V. La difficulté était à résoudre, enfin, alors qu'il s'agit non plus de ceux qui ont été ou qui ont pu être parties aux débats criminels, mais d'un *tiers qui n'eût pas eu légalement qualité pour intervenir dans ces débats*, et dont les intérêts cependant peuvent éventuellement souffrir des suites de la décision rendue; ce tiers ainsi menacé pourra-t-il, devant le juge civil, affirmer ou nier le fait nié ou affirmé par cette décision? — La jurisprudence, jusqu'à ce jour, n'avait pas pensé que l'ordre public fût à ce point engagé dans la question que le droit de la défense dût lui être sacrifié, et elle avait laissé au tiers toute liberté de discussion (*Cour de cassation : chambre civile*, 8 avril 1812; — 16 août 1847; — 29 avril 1857. — *Chambre des requêtes*, 3 août 1853. — *Chambre criminelle*, 28 déc. 1849; — 25 janv. 1850).

VI. Par son récent arrêt (14 février 1860), et malgré de tels précédents, la chambre des requêtes vient de décider, au contraire, que ce tiers lui-même se trouve atteint, sans défense possible, par l'autorité absolue de la chose jugée.

Cet arrêt est rendu sur une espèce qui met en lumière toute la portée et toute la gravité de la doctrine nouvelle.

En fait, trois personnes s'étaient, en 1851, présentées chez Me S..., notaire; cet officier ministériel avait, sur leur ordre, dressé un acte de donation de la part des deux premières, se disant les époux J..., en faveur de la troisième, Julien D..., leur prétendu neveu. — En 1857, le sieur D... fut poursuivi à raison de divers faux, et, sur la plainte des véritables époux J..., l'acte de donation de 1851 fut dénoncé au jury comme faux par supposition de personnes, le sieur D... ayant fait constater au notaire le fait faux de la comparution devant lui des époux J...; D... fut condamné. Par l'arrêt de condamnation il était donc établi que

de sa part une sorte de renonciation, et de là naît une fin de non-recevoir contre toute action ultérieure; le jugement rendu au criminel est, pour ainsi parler, un jugement par défaut, ayant acquis contre la partie lésée l'autorité de la chose jugée.

l'acte de 1851 était faux. Les époux J... intentèrent alors contre le notaire S... une action en dommages et intérêts, fondée sur le préjudice qu'il leur avait causé, en ne s'assurant pas, conformément à l'article 11 de la loi du 25 ventôse an XI, de l'identité des personnes qui s'étaient présentées devant lui en 1851; et pour toute preuve de cette négligence qu'ils reprochaient au notaire, les époux J... produisirent l'arrêt de condamnation de leur neveu, le sieur D... — Le notaire articula des faits tendant à établir que les époux J..., et nuls autres sous leur nom, s'étaient présentés chez lui, avaient consenti l'acte de 1851, et nia que la chose jugée sur leur non-comparution pût lui être opposée, puisqu'il n'avait pas été *et n'aurait pas pu être* partie intervenante aux débats criminels.

La Cour de Riom (Sirey, LX, 1, 196), par arrêt du 11 janvier 1859, l'avait déclaré *non recevable* dans son offre de preuves, attendu qu'il y avait, même contre lui, autorité de chose jugée, et avait prononcé la condamnation demandée par les époux J...

C'est contre cet arrêt qu'était dirigé le pourvoi rejeté par la chambre des requêtes.

VII. Notre désir n'est pas de discuter *in extenso* la question ainsi résolue : nous nous proposons seulement de présenter sur cette doctrine quelques courtes observations critiques que n'exclue pas, ce nous semble, le respect scrupuleux que nous nous faisons un devoir de professer toujours pour les décisions de la justice.

L'arrêt du 14 février reconnaît volontiers qu'à l'égard des tiers tous les éléments qui constituaient l'autorité de la chose jugée font défaut; mais il s'appuie surtout sur deux arguments : 1° l'article 3 du Code d'instruction criminelle fait de l'action publique une action préjudicielle; en conséquence, le jugement rendu au criminel a une influence décisive sur le résultat de toute instance civile ultérieure, engagée à raison des mêmes faits; 2° des nécessités d'ordre public supérieures exigent que la décision du juge criminel soit à l'abri de toute contradiction de la part du juge civil [1].

[1] Voici le texte même de l'arrêt :

« La Cour, sur le moyen unique du pourvoi tiré de la violation de l'article 1351 du Code Napoléon et du droit de la défense,

« Attendu en fait, etc.;

« Attendu en droit que les décisions rendues au criminel sont souve-

VIII. Quelques graves qu'elles soient, ces considérations sont-elles vraiment décisives?

L'article 3 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « *L'action civile* peut être poursuivie en même temps et devant « les mêmes juges que l'action publique. — Elle peut aussi « l'être séparément. — Dans ce cas, l'*exercice* en est suspendu « tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action pu- « blique intentée avant ou pendant la poursuite. »

Est-ce à dire d'abord que l'action publique est préjudicielle, dans le sens légal, rigoureux, juridique de cette expression? Est-ce à dire surtout qu'elle est préjudicielle, non-seulement à l'action civile proprement dite, mais encore à toute action intentée par et contre toute personne? Nous ne le pensons pas.

IX. Qu'est-ce qu'une question préjudicielle? C'est une question qui doit être jugée avant une autre, parce que de sa solution doit dépendre la solution de la seconde; et si, au cours d'une instance, une question semblable est soulevée, il y a lieu pour la juridiction saisie de surseoir à statuer au fond jusqu'au

raines, qu'elles ont envers et contre tous l'autorité de la chose jugée, et qu'il ne saurait être permis à personne de remettre en question devant la juridiction civile le fait qu'elles affirment ou qu'elles nient; — que si, à l'égard des tiers qui n'ont pas été parties dans l'instance criminelle, *et n'avaient aucune qualité pour y figurer*, il est difficile de trouver dans l'application rigoureuse de l'article 1351 du Code Napoléon le principe de cette autorité souveraine qui s'attache à ces décisions, ce principe du moins découle comme conséquence de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, qui, en suspendant le jugement de l'action civile portée devant le juge civil tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, attribue évidemment à l'action publique un caractère préjudiciel; — qu'en effet on ne comprendrait pas le but du sursis ordonné si le jugement rendu au criminel ne devait exercer une influence décisive sur le jugement à rendre au civil;

« Attendu que cette dérogation aux principes du droit commun, qui n'admet l'autorité d'une décision qu'à l'égard des parties entre lesquelles elle est intervenue, était commandée par des considérations d'un ordre supérieur qui ne permettent pas qu'une vérité judiciaire, souverainement reconnue et proclamée par les tribunaux criminels dans un intérêt général et avec le concours de celui qui a mission de veiller et d'agir pour la société tout entière, puisse plus tard, et dans un intéret purement privé, être déniée, discutée et peut-être méconnue devant une autre juridiction; — qu'il suit de là qu'en déclarant constante à l'égard de S..... la fausseté de la donation de 1851, sur la foi du verdict rendu par le jury contre D....., et en refusant de l'admettre à la preuve contraire, l'arrêt attaqué, loin de violer la loi, en a fait une juste et saine application, — Rejette.

jugement de cette question; de plus, si telle est cette question que le juge saisi soit incompétent pour la juger, il y a lieu à sursis et à renvoi devant le juge qui, seul, en doit connaître. — Dans ce cas, la décision rendue par ce dernier s'impose nécessairement au premier. — Pour n'en citer qu'un exemple frappant entre tous, nous dirons que si au cours d'une instance judiciaire s'élève un débat sur le sens d'un acte administratif, de l'interprétation duquel dépend la solution du litige, il y a lieu pour les tribunaux d'en renvoyer l'examen, comme d'une question préjudicielle, à l'autorité administrative, seule compétente pour donner cette interprétation; et quand cette autorité aura rendu sa sentence, le tribunal saisi y devra conformer la sienne.

Mais, que l'on veuille bien le remarquer, dans cette hypothèse, et dans toutes celles qui lui sont semblables, *ce n'est pas par voie d'autorité de la chose jugée* que la décision d'un juge s'impose à l'autre, c'est par une suite nécessaire de l'incompétence de celui-ci pour trancher la question qu'a résolue celui-là. — Comment, en effet, un juge incompétent, tenu de surseoir, pourrait-il ne pas s'incliner devant l'arrêt préjudiciel qu'il était impuissant à rendre, et qu'a rendu le juge seul compétent? Il serait trop contraire au bon sens que cet arrêt ne préjugeât pas la question principale et ne commandât pas l'arrêt définitif.

Voilà ce qu'est, à proprement parler, la question préjudicielle, et voilà pourquoi le jugement de cette question préjuge la question du fond.

En est-il ainsi de l'action publique? Il est permis d'en douter. La justice civile est, en principe, compétente pour connaître, au point de vue des réparations civiles, de tous les faits qui pourront donner lieu aux poursuites dirigées au criminel; pour elle, en principe, nulle obligation de surseoir; *nulle obligation de renvoyer à un autre juge l'examen des faits.* La suspension de l'action civile, lorsque des poursuites sont commencées, ne tient donc pas à l'incompétence du juge civil; elle a seulement pour but d'écarter l'influence que pourrait exercer sur l'esprit du juge criminel la décision rendue au civil; elle n'est qu'une garantie de l'indépendance morale du juge criminel, garantie qu'exigeaient au même titre et l'intérêt de la répression et l'intérêt de l'accusé; aussi la loi suspend-elle seulement

l'*exercice* de l'action civile, ce qui doit s'entendre en ce sens que le juge civil sera tenu d'attendre, mais que plus tard il reprendra son œuvre interrompue, fera ce qu'il n'a pu faire d'abord, et le fera avec la même indépendance, avec la même liberté d'examen. — S'il en était autrement, il serait loisible au ministère public, en commençant ses poursuites au cours d'une instance civile, de ravir au juge cette liberté dont la loi l'a investi, de le dépouiller d'une compétence qu'il tient de l'article 3 lui-même; et, à l'issue de la poursuite, il ne resterait plus à ce juge, compétent ou incompétent au gré du ministère public, qu'à enregistrer la décision du tribunal criminel auquel tous ses pouvoirs auraient été transmis. — Il y a plus : l'action publique est préjudicielle? mais alors, la justice civile, saisie d'une demande en réparation du dommage causé par un fait délictueux, devra nécessairement surseoir d'office, et s'en remettre à la justice criminelle du soin de déclarer l'existence ou l'inexistence du fait..... Cette exigence est contraire à la loi? Sans doute....., elle serait cependant la conséquence inévitable du caractère rigoureusement préjudiciel de l'action publique..... D'un autre côté, la justice criminelle ne pourrait ainsi perdre l'entière spontanéité de son action, ni son absolue liberté d'abstention; et la justice civile ne saurait cependant être paralysée par l'inertie de la justice criminelle..... Il faut pour les deux juridictions une complète indépendance.....; sans doute encore; mais, si nous ne nous trompons, ce n'est pas à revendiquer cette indépendance que tend l'interprétation donnée de l'article 3; et dès lors nous trouvons dans ces réflexions la preuve que non-seulement l'action publique n'est pas préjudicielle, mais encore qu'il serait difficile qu'elle le fût. (V. sur la portée du sursis imposé au juge civil par l'article 3 une dissertation de M. Lagrange, président du tribunal de Lyon. — *Rev. crit.*, 1856, p. 39.)

Si donc la décision rendue au criminel doit conserver son autorité au civil, ce ne peut être, comme plus haut, par suite de l'incompétence de la justice civile, puisque, nous ne saurions trop le répéter, cette justice est compétente pour connaître par elle-même de tous les éléments de l'action portée devant elle, et notamment de l'existence des faits sur lesquels cette action est basée; ce sera par voie d'autorité de chose jugée. Mais alors il est clair que la justice civile ne devra accepter aveuglément

la décision rendue au criminel que tout autant qu'elle y rencontrera les caractères constitutifs de la chose jugée.

Ces caractères, nous les trouvons lorsqu'il s'agit des personnes qui ont été ou ont pu être parties à l'instance criminelle; et c'est pourquoi nous avons dit que la jurisprudence, qui interdit à l'une et à l'autre toute discussion ultérieure sur le fait jugé au criminel, se justifie par des motifs tirés du droit commun, et de l'article 1351 du Code Napoléon, sans qu'il soit besoin de lui donner pour base l'article 3 du Code d'instruction criminelle, et de conférer à l'action publique un caractère que lui dénient, suivant nous, les principes généraux qui régissent les questions préjudicielles.

Mais ces caractères constitutifs de l'autorité de la chose jugée font absolument défaut en ce qui touche les tiers. Nous en concluons que cette autorité n'existe pas à leur égard..... *Res inter alios acta*.....

Ces observations suffiraient à démontrer, croyons-nous, que la question qui nous occupe doit être résolue, non d'après les principes relatifs aux actions préjudicielles, mais d'après les règles du droit commun, parce qu'elle n'est, à bien dire, qu'une question d'autorité de chose jugée.

X. Mais peut-être nous sommes-nous trompé; notre raison peut-être est le jouet d'une illusion, et l'action publique est bien en effet une action préjudicielle.....? Nous le voulons ainsi..... Mais il faudrait nous demander encore à quelle action l'action publique serait préjudicielle.

Les effets du jugement d'une question préjudicielle se doivent, ce nous semble, concilier avec les règles de l'article 1351, et ne s'étendent pas au delà des limites de cet article. Il suit de là que le jugement d'une question préjudicielle n'a rien d'absolu; il est essentiellement relatif à l'instance au cours de laquelle la question a été élevée, et aux personnes qui figuraient dans cette instance; l'autorité qui s'y attache ne peut légalement aller au delà; dans un procès nouveau *entre parties différentes*, la question vient-elle à se présenter encore? Une décision nouvelle est nécessaire, et le juge ne pourrait se dispenser d'en renvoyer l'examen à qui de droit, sur le fondement que déjà, et dans une précédente occasion, le juge compétent s'est une fois prononcé. Rien ne s'opposerait enfin à ce que ce dernier juge donnât à la question une solution contraire à celle qu'il lui a donnée d'abord.

L'arrêt que nous étudions ne paraît pas s'être inspiré de ces principes. En effet, de quelle action l'article 3 du Code d'instruction criminelle suspend-il l'exercice? de *l'action civile* : or l'action dirigée par la partie lésée contre *un tiers* n'a rien de commun avec *l'action civile* proprement dite, c'est-à-dire l'action dirigée par la partie lésée contre l'auteur du fait dommageable; elle s'en distingue par la qualité des parties, la cause et l'objet de la demande, et par les règles de la compétence elles-mêmes; l'action publique peut donc être préjudicielle à *l'action civile;* mais de là conclure qu'elle est préjudicielle à l'action dirigée contre le tiers, n'est-ce pas pousser la rigueur au delà des termes de l'article 3? N'est-ce pas indirectement, sinon en termes exprès, attribuer au jugement de la question préjudicielle la force de *vérité absolue, erga omnes*, que, par sa seule vertu, un tel jugement ne peut avoir? Les termes restrictifs de l'article 3 du Code d'instruction criminelle, qui ne vise que *l'action civile*, et le caractère essentiellement relatif de l'autorité qui s'attache au jugement des questions préjudicielles, nous semblent donc de nature à provoquer quelques scrupules sur l'argument tiré de cet article 3 lui-même.

XI. Mais du moins, et nous abordons ici le second ordre d'idées auxquelles a cédé la Cour suprême, « la dérogation aux « principes du droit commun, qui n'admet l'autorité d'une dé- « cision qu'à l'égard des parties entre lesquelles elle est inter- « venue, » est-elle vraiment commandée par des considérations d'ordre public supérieur?

La Cour ne s'est assurément pas déterminée par la théorie plus ingénieuse que juridique, d'après laquelle le ministère public représentant la société tout entière et chacun de ses membres, le débat criminel doit être réputé contradictoire avec tous, et le tiers, ou plutôt celui qui se prétend tel, réputé partie dans l'instance; si la Cour eût été touchée de cette considération, elle n'eût pas, dans son arrêt, parlé de dérogation au droit commun; car le débat étant réputé contradictoire, il n'y eût pas eu dérogation à ce droit. Nous ne nous attacherons donc pas à réfuter cette théorie que n'autorise aucun texte de loi, qu'une fiction un peu fugitive peut seule soutenir, et que ses plus décidés partisans abandonnent eux-mêmes, désarmés qu'ils sont par leur respect pour les droits les plus incontestables de l'équité, dans le cas où le tiers a un intérêt exactement opposé au

succès de la poursuite dirigée par le magistrat du ministère public[1].

Mais nous ne pouvons ni ne cherchons à nous dissimuler la gravité des considérations tirées des dangers, presque du scandale de deux décisions contradictoires; et si nous n'en étions assez frappé, l'éloquent tableau qu'a tracé de ces dangers la parole indignée de M. le procureur général Mourre, citée par Merlin (*Questions de droit*, v° *Faux*), dissiperait aisément nos illusions..... Mais il nous sera peut-être permis de penser que nulle considération, fût-elle prise des exigences un peu vagues et souvent mal définies de l'ordre public, ne doit faire fléchir les principes de la loi positive...; et, d'autre part, l'ordre public lui-même ne nous paraissait pas bien sérieusement menacé par la tendance qu'avait jusqu'à ce jour suivie la Cour de cassation, et qui notamment avait dicté l'arrêt du 3 août 1853.

Sans doute les contradictions, quoique très-rares en fait, ce qui peut calmer bien des alarmes, seront possibles entre les décisions de la justice criminelle et celles de la justice civile, et cette possibilité seule fait entrevoir d'affligeants résultats..... Mais allons au fond des choses : la bonne administration de la justice civile est d'ordre public, aussi bien et au même titre que la bonne administration de la justice criminelle; et cependant de combien de contradictions l'article 1351 ne peut-il pas devenir la source entre les décrets de la justice civile! Le même fait, générateur des droits les plus sacrés, les plus directement liés à l'ordre public, ceux de la famille, ne va-t-il pas être nié par un arrêt contraire à un arrêt qui l'affirme? Et sans parler des matières civiles, le ministère public ne peut-il pas poursuivre un homme pour un fait à raison duquel un autre déjà s'est vu frapper, et cela lors même que les circonstances sont telles que la culpabilité de l'un est exclusive de la culpabilité de l'autre? Celui contre lequel est dirigée la seconde poursuite pourra-t-il exciper de la chose jugée par le précédent arrêt sur la culpabilité du condamné, et par conséquent sur sa propre innocence? Les articles 443, 444, 445 du Code d'instruction

[1] M. Merlin, grand partisan de la fiction, a enseigné que dans ce cas le tiers avait été représenté, non par le ministère public, mais par l'accusé, celui-ci représentant tous ceux qui ont éventuellement le même intérêt que lui, et partageant ainsi avec le ministère public la tâche de rendre le débat contradictoire avec tous et chacun (*Quest. de droit*, v° *Faux*, § 6, n° 8).

criminelle, ne protestent-ils pas contre ce caractère, attribué aux décisions rendues au criminel, tellement absolu que nul intérêt, nul droit ne puisse ébranler le fait affirmé par elles? Enfin, et cette réflexion dernière nous paraît bien décisive, ne peut-il pas arriver que la justice civile, saisie du jugement de l'action civile, déclare que le défenseur n'est pas l'auteur du fait dommageable? Et cependant, sauf le cas exceptionnel où la question ainsi jugée sera préjudicielle, le ministère public ne pourra-t-il pas encore et plus tard, à raison de ce fait même, exercer contre ce défendeur ses poursuites? Le juge criminel ne pourra-t-il le déclarer coupable, et le condamner comme tel? Et dans ce cas la contradiction entre la déclaration du juge civil et celle du juge criminel, précisément cette contradiction dont l'on s'effraye surtout, ne sera-t-elle pas manifeste? Et parce que le jugement civil aura précédé le criminel au lieu de le suivre, la contradiction sera-t-elle moins regrettable ou moins dangereuse? La justice criminelle pourrait-elle, sans danger pour l'ordre public, opposer aux arrêts de la justice civile une contradiction que celle-ci ne pourrait, sans scandale, opposer aux arrêts de la première? La vérité est que tout cela arrive, que tout cela étonne au premier abord, mais que tout cela est inévitable et que rien de tout cela n'est contraire au bon ordre public; et pourquoi? Parce qu'en regard du respect que la justice accorde à ses œuvres, et que lui commande le souci de l'ordre public, il y a un droit que l'ordre public lui-même ne permet pas de sacrifier, et avec lequel ce respect salutaire se doit concilier: nous avons nommé le droit de la défense. La conciliation, c'est l'article 1351 du Code Napoléon.

Dans un travail où nous nous sommes efforcé bien moins de traiter *ex professo* et avec de grands développements la difficile question que nous nous étions posée, que de soumettre humblement quelques réflexions à l'attention des hommes que ne laissent point indifférents les progrès de la jurisprudence, et d'attirer sur ce grave sujet leurs méditations, le lecteur nous saura gré, sans doute, de ne pas discuter un à un tous les arguments de détail, tous les articles de nos Codes qui trouveraient aisément place dans la controverse, mais dont l'intérêt et la portée n'y seraient que secondaires; la Cour de cassation, en leur refusant accès dans son arrêt, pour ne s'attacher qu'aux considérations d'un ordre supérieur qui dominent toutes les autres, nous a donné l'exemple de cette réserve, et nous ne saurions mieux

faire que d'imiter un exemple qui nous vient de si haut. Aussi nous bornerons-nous à signaler, sans y insister, les conséquences pratiques, dont la gravité frappera tous les yeux, de la doctrine nouvellement consacrée. — Peut-être l'accusé s'est-il mal défendu; les preuves de son innocence ont échappé à ses recherches..... ; certaines pièces étaient égarées, que la justice n'a pu ni connaître, ni contrôler, ni apprécier.....; peut-être la condamnation a-t-elle été prononcée par défaut, contre un prévenu qui ne se présentait pas, contre un accusé contumax..... Il n'importe; lorsqu'un tiers, dont tous les intérêts vont être compromis, qui a ignoré la poursuite, qui, s'il l'eût connue, eût été déclaré *non recevable à intervenir, et renvoyé à se pourvoir devant qui de droit* (arr. de 1849 et 1850), lorsque ce tiers se présentera devant les juges auxquels il a été renvoyé, il se verra froidement repoussé; ceux-ci refuseront de l'entendre, et lui déclareront que, sans doute, le juge criminel ne devait pas l'écouter, mais que, quant à eux, juges civils, ils n'ont d'autre pouvoir que celui de le condamner, sans l'écouter davantage; et ce tiers, auquel le juge criminel a légalement fermé le prétoire, sera légalement encore repoussé de l'audience civile, sur le fondement que le juge criminel a souverainement décidé..... Est-ce donc là ce que commande l'impérieuse loi de l'ordre public? Nous aimons à ne pas le croire; non, l'ordre public n'exige le sacrifice d'aucun droit, et se faire entendre de son juge est incontestablement un droit. La jurisprudence, particulièrement en matière de faux, en refusant aux tiers la faculté d'intervenir aux débats criminels, avait donné de ses décisions ce motif, que l'arrêt du juge criminel ne préjugeait rien à l'encontre d'intérêts qui pouvaient, en temps et lieu, se défendre devant qui de droit. Cette interdiction et cette réserve expressément faite dans les deux arrêts des 28 décembre 1849 et 25 janvier 1850, sauvaient et l'indépendance des juridictions et le droit de la défense. Ce n'est point exagérer la portée de l'arrêt du 14 février que de dire que ce dernier droit en subit une atteinte certainement douloureuse; et en présence des précédents arrêts, en présence surtout de celui du 3 août 1853, ce n'est assurément point oublier le respect que nous devons aux décisions de la Cour que d'exprimer l'espoir que l'arrêt de 1860 n'est pas destiné à fixer définitivement la jurisprudence.

Aug. POUGNET.

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE VII.

DE L'EXPROPRIATION FORCÉE. — Nouvelle simplification de formes. — Systèmes divers. — Procédure spéciale pour les petites propriétés. — Attribution aux juges de paix. — Clause de voie parée. — Crédit foncier, etc.

DE L'ORDRE. — Examen de la loi nouvelle du 21 mai 1858.

La *saisie immobilière* et l'*ordre* sont la sanction de l'hypothèque, l'exécution forcée d'une obligation que les parties n'ont pu ou voulu exécuter autrement.

Cette procédure rigoureuse, extrême, violente qui dépossède un propriétaire malgré lui, se rattache, par ses causes et par ses effets, aux plus hautes considérations de crédit public et d'ordre social. Il s'agit de résoudre moins une question de droit qu'un problème d'économie politique.

Aussi ce problème a-t-il préoccupé sérieusement dans tous les pays et à toutes les époques les hommes d'État, les publicistes et les jurisconsultes. Le Code de 1806 qui croyait l'avoir résolu, souleva, dès son apparition, les critiques les plus graves, les plaintes les plus vives.

A ces plaintes et à ces critiques il a été fait droit, dans une certaine mesure, par la loi du 2 juin 1841 sur la saisie immobilière, et par la loi du 21 mai 1858 sur l'ordre.

Mais ces lois qui ont heureusement modifié l'ancien état des choses, n'appellent-elles pas à leur tour des modifications nouvelles?

C'est ce que nous venons rechercher, mais avec toute la réserve que commande l'examen des lois nouvelles alors surtout que ces lois ont été provoquées par l'opinion publique et accueillies par elle avec faveur et reconnaissance.

§ 1er. — *Saisie immobilière.*

Sans remonter au droit romain et à l'ancien droit français sur les *subhastations* et les *décrets*, prenons notre point de départ dans la loi du 11 brumaire an VII.

[1] V. tome X, p. 436 et 546; tome XI, p. 265; tome XII, p. 315; tome XIII, p. 253 et 345; tome XIV, p. 217.

Les auteurs de cette loi, trop préoccupés des embarras et des lenteurs des vieilles formules, ne songèrent qu'à s'en débarrasser. Sous prétexte que la propriété avait été entourée de trop de garanties, ils ne lui en laissèrent pas assez : elle fut livrée trop vite au créancier et jetée pour ainsi dire, dans le commerce, comme une valeur monétaire.

Le Code de 1806 obéissant, à son tour, à cet esprit de réaction, dont les lois elles-mêmes ne sont pas toujours exemptes, revint à la procédure du *Châtelet* et l'exagéra même en quelques points. Il fortifia tellement la propriété, qu'elle était devenue imprenable. Le fait est du moins que le siége durait longtemps et qu'il s'était formé dans l'attaque et dans la défense des tacticiens si habiles, que la victoire, souvent indécise, était toujours chèrement achetée et ne permettait plus de distinguer le vainqueur et le vaincu, ruinés l'un et l'autre par les frais de la guerre.

La propriété fut la première à se plaindre d'être si bien gardée. Elle ne voulait pas autant de déférence et de respect. La confiance et le crédit s'éloignaient d'elle.

Les capitaux se plaignirent à leur tour d'être chassés du sol, et obligés de se réfugier, de s'aventurer ailleurs.

Ces justes doléances retentirent pendant de longues années; elles amenèrent enfin la loi du 2 juin 1841.

Membre des deux commissions qui préparèrent cette loi à la chancellerie et à la chambre des députés, il ne nous appartient pas d'en faire l'éloge ou la critique. Mais le temps, le meilleur juge des lois, s'est chargé de ce soin ; il a révélé tous les bienfaits de ces innovations et ceux-là mêmes qui, aujourd'hui, en demandent de plus radicales, veulent bien reconnaître qu'à cette époque on avait résolu, par une heureuse transaction, le grand problème, qui consistait, qui consistera toujours à concilier le respect de la propriété avec la foi des engagements et les nécessités du crédit.

Aussi que de travaux et d'études pour arriver à ce résultat, si incomplet qu'il puisse paraître! Nous osons dire qu'il n'y eut jamais dans aucun temps, dans aucun pays, une loi aussi longuement, aussi patiemment élaborée.

Dès 1827, le gouvernement qui avait déjà recueilli de nombreux matériaux consulta officiellement la cour de cassation, les cours royales et les facultés de droit sur les

modifications dont la saisie immobilière était susceptible.

Toutes ces compagnies répondirent avec le soin et la maturité qu'un tel sujet pouvait commander.

Plusieurs d'entre elles, avant de répondre, eurent la bonne pensée de consulter les tribunaux de première instance devant lesquels s'instruit plus spécialement cette procédure.

Le tribunal de la Seine publia un remarquable travail.

D'autres mémoires, d'autres projets, d'autres pétitions abondèrent à la chancellerie.

A la vue de tous ces documents, le gouvernement formula en 1829, un projet de loi sur la saisie immobilière. Il le soumit encore à l'appréciation de compagnies judiciaires et des facultés de droit.

Elles fournirent de nouvelles observations.

D'habiles professeurs, de savants jurisconsultes, d'honorables magistrats répondirent aussi par des travaux individuels à cet appel, à cette espèce de concours général ouvert en France pour corriger une de ses lois les plus importantes et les plus défectueuses.

Les événements politiques vinrent interrompre ces consciencieuses études. Elles ne furent officiellement reprises qu'en 1838.

A cette époque une commission spéciale fut instituée à la chancellerie pour rédiger un projet définitif.

Il fut prêt l'année suivante et soumis aussitôt, comme les précédents, à l'examen des cours et tribunaux consultés ainsi pour la troisième fois sur cette intéressante et délicate matière.

Enfin, le 11 janvier 1840, un projet de loi fut présenté à la chambre des pairs. La commission qu'elle nomma et qui eut pour organe l'honorable M. *Persil* proposa plusieurs modifications au projet primitif. Quelques-unes furent acceptées. Les hommes les plus éminents qui siégeaient dans cette assemblée prirent une part sérieuse à la discussion.

Le projet modifié fut apporté le 8 mai 1840 à la chambre des Députés, qui le modifia à son tour sur l'avis de sa commission qui avait choisi M. le président *Pascalis* pour son rapporteur. Le projet dut ainsi revenir à la chambre des pairs, puis à celle des députés, et c'est de ces nombreuses et solennelles épreuves que sortit la loi du 2 juin 1841.

Ce n'est pas sans dessein que nous rappelons l'historique

abrégé de cette loi ; car nous voyons de temps à autre surgir contre elle des objections, des amendements, des reproches, qu'on présente comme *nouveaux* et qui avaient été proposés et rejetés, après examen et discussion, dans cette longue enquête qui demeura ouverte pendant un tiers de siècle.

Elle l'est encore sans doute et loin de nous la pensée d'opposer une fin de non-recevoir, même temporaire, aux esprits sérieux qui proposent encore de nouvelles améliorations.

Les dernières remontent à plus de vingt ans ; c'est presque un siècle aujourd'hui, où nous vivons si vite. L'existence sociale et principalement ce qu'on appelle les *affaires*, semblent avoir reçu comme un reflet de la vapeur et de l'électricité. — Faut-il jeter nos lois dans ce courant ? Non, sans doute. — Il faut au contraire les en préserver avec soin ; mais il a multiplié et modifié les transactions, il leur a donné un mouvement inaccoutumé ; il a créé des intérêts et des faits nouveaux et par suite des nécessités nouvelles dont la sagesse du législateur doit tenir compte.

Quelques esprits impatients voudraient nous ramener aux formes expéditives de l'an VII, progrès douteux et rétrograde, comme tant d'autres, mais qu'il ne faut pas néanmoins rejeter sans un sérieux examen, non plus que l'opinion de ceux qui veulent se soustraire à la marche du temps et conserver à tout prix le *statu quo*.

Entre ces deux points extrêmes, entre ces deux préjugés, il ne sera peut-être pas difficile de rencontrer la véritable solution, c'est là du moins qu'il faut la chercher. Plusieurs ont été proposées, nous allons les examiner rapidement.

I. Il en est une qui semble dominer les autres, car elle s'annonce comme devant les concilier et les satisfaire toutes. A ce titre elle se recommande déjà et veut être examinée la première.

Cette proposition consisterait à créer pour la saisie des *petites propriétés* un mode plus simple, plus rapide, plus économique, et de conférer, dans cet objet, *aux juges de paix* la direction de la procédure et le jugement de tous les incidents qu'elle pourrait faire naître.

Ceux-là mêmes qui ne sauraient approuver un tel projet, et nous sommes de ce nombre, rendent hommage à la pensée qui l'a dicté.

Cette pensée fut exprimée pour la première fois en 1829 par

un auteur qui annonçait déjà les travaux considérables dont il a plus tard enrichi la science[1]. Le mal qu'il signalait était alors dans toute sa gravité, il subsiste encore, la loi du 2 juin 1841 a été impuissante à le guérir complétement.

La procédure d'expropriation si modifiée, si allégée qu'elle ait été par cette loi est encore beaucoup trop lourde pour la petite propriété. Elle l'écrase de son poids, elle l'anéantit, elle l'absorbe. Le prix de l'immeuble saisi suffit rarement pour payer les frais de saisie.

Et ceci n'est pas l'exagération d'une humeur chagrine qui aurait survécu au Code de 1806. Les chiffres nouveaux parlent aussi haut que les anciens chiffres.

Dans notre chap. Ier, nous avons déjà rappelé cet extrait du compte rendu de 1850 :

« 1980 ventes d'immeubles au-dessous de cinq cents francs, ont produit 558,002 francs et coûté 628,900 fr. de frais, ce qui donne pour chaque vente en moyenne 112 *pour* 100.»

Et il ajoutait : « Ces résultats sont de nature à appeler la sérieuse attention du gouvernement, qui doit chercher les moyens d'atténuer les déplorables effets de l'état des choses actuel, *surtout en ce qui concerne la vente des immeubles d'une modique valeur*.

Toutes les statistiques qui avaient précédé et celles qui ont suivi présentent, à peu de chose près, les mêmes chiffres et les mêmes résultats.

Dans celle de 1856 le ministre, reproduisant ces affligeants tableaux, disait encore (page 15) : « *Les ventes judiciaires d'immeubles de peu de valeur sont les plus nombreuses*. Cette partie de notre législation appelle des améliorations qui ont besoin d'être étudiées avec maturité et d'être appliquées avec prudence. C'est l'une des préoccupations du gouvernement de Votre Majesté. »

Cette préoccupation devait être et doit être encore d'autant plus vive que sur *douze millions* de cotes foncières, il y en a *huit millions* au-dessous de vingt francs, et que sur *dix-huit mille* ventes judiciaires de toute sorte il y en a, année commune, plus de *quatorze mille* dont le prix ne s'élève pas à dix mille francs.

[1] M. Chauveau, Adolphe (V. son tome V, préface, p. 15).

C'est donc la petite propriété qui subit dans la proportion de plus des *trois-quarts* les frais énormes de ces ventes judiciaires.

Ajoutons que cette proportion va toujours en croissant, que les cotes foncières s'élèvent aujourd'hui à près de *quatorze millions*, et que l'augmentation porte nécessairement sur les cotes petites ou moyennes par l'effet incessant du partage légal.

Il faut expliquer aussi que toutes les ventes judiciaires ne se font pas par saisie immobilière. Dans le chiffre total ci-dessus on a compris les ventes sur licitation, celles des biens des mineurs, interdits, faillis, femmes dotales, successions bénéficiaires, etc.

Il est même remarquable que les saisies immobilières ont diminué progressivement de 1850 à 1858 de *plus de la moitié* : elles s'élevaient à 12,589 en 1850 ; elles n'étaient que de 5,968 en 1858.

« C'est une preuve incontestable, disait le garde des sceaux dans le rapport déjà cité, *de l'atténuation graduelle du malaise de la propriété foncière.* »

Nous voudrions pouvoir accueillir cette heureuse conséquence ; mais les faits ne le permettent guères.

La diminution de saisies immobilières ne vient-elle pas précisément de la diminution des prêts hypothécaires ?

Nous l'avons déjà dit dans un précédent article, les capitaux de la province ont appris le chemin de Paris et des grandes villes. Les rentiers, les travailleurs de toute espèce, les gens de service eux-mêmes, au lieu de colloquer autour d'eux leurs épargnes, comme autrefois, les placent en actions ou obligations industrielles [1]. La terre fait peur à ceux mêmes qui la travaillent. Ils savent les dangers de l'hypothèque et de l'expropriation. Consultez les notaires des départements, et en vous indiquant la cause et le chiffre de la diminution de ces prêts hypothécaires, ils vous diront si elle est un symptôme du bien-être des campagnes et si l'agriculture ne trouve pas, au con-

[1] Sans compter les placements à la caisse d'épargne et à la caisse des retraites pour la vieillesse, deux institutions qui se recommandent par de hautes considérations d'utilité et de moralité. Ces placements s'accroissent chaque année et se comptent aujourd'hui par *centaines de millions*. C'est assurément un heureux symptôme de la prévoyante sagesse et du bien-être des classes laborieuses ; mais c'est aussi une preuve nouvelle *du délaissement de la terre*.

traire, dans cet état de choses, dans cette tendance nouvelle des capitaux les plus modestes, une souffrance de plus.

Moins de prêts, moins d'expropriations. L'effet diminue avec la cause; mais ni la cause ni l'effet ne peuvent soulager la propriété foncière; raison de plus pour lui venir en aide, en essayant de lui rendre le crédit qui lui manque.

Mais le premier moyen proposé est-il de nature à atteindre ce but? Faut-il édicter pour ce qu'on appelle la *petite propriété* un code particulier et en confier l'exécution aux juges de paix?

Nous avons déjà dit, ici même et depuis longtemps, notre opinion à cet égard.

Veut-on nous permettre de la reproduire dans ce chapitre, où elle trouvera mieux sa place:

« S'agit-il de déférer aux juges de paix, disions-nous dans la livraison du mois de juin 1857, des matières dont il faudrait dépouiller, à leur profit, la juridiction ordinaire? S'agit-il, non pas d'élargir la base de leur compétence actuelle, mais de lui donner des bases nouvelles, étrangères, inconnues à cette juridiction? oh! alors il faudrait plus de réserve et de prudence. C'est ici qu'il y aurait innovation réelle, hasardée, périlleuse, puisqu'elle pourrait dénaturer l'institution des juges de paix et troubler les autres juridictions.

« En un mot et pour mieux préciser notre distinction, nous dirons, en empruntant le langage cette fois si net des anciens docteurs, augmentez la compétence des juges de paix *de quantitate ad quantitatem*, mais ne l'étendez pas aussi facilement *de re ad rem*.

« Ce n'est pas sans dessein que nous rappelons ce vieil adage, car parmi les vœux soumis depuis bien des années au gouvernement, il en est, nous le savons, qui, inspirés par de généreuses pensées, demandent qu'on attribue à la juridiction plus rapide et moins coûteuse des juges de paix les affaires *minimes* de toute nature, et par exemple, ce qu'on appelle les petites successions, les *petites saisies*, les petites faillites, les petits effets commerciaux, et en général toutes les causes qui n'excéderaient pas un certain chiffre.

« Mais, pour toutes ces matières si *petites* qu'on veuille les faire, il faudra examiner et résoudre les questions les plus ardues de notre droit civil et commercial. La difficulté de ces questions ne se mesure pas à la valeur du litige: elles se pré-

sentent dans les petites affaires comme dans les grandes. Si vous faites rentrer ces questions dans la compétence du juge de paix, sous prétexte de l'exiguïté du chiffre litigieux, si vous lui soumettez les opérations d'un partage avec ses prélèvements et ses rapports, *les ventes judiciaires avec leurs nullités et leurs incidents*, les faillites avec leurs diverses phases et leurs effets entre créanciers, les lettres de change avec leurs rigoureuses conditions et leurs effets plus rigoureux encore, il n'est pas de question de fait ou de droit qui leur demeure étrangère: testaments, donations, actes vrais ou simulés, contrats de toute espèce, priviléges et hypothèques, prescriptions, nullités, incidents de procédure, etc., toute cette immense carrière du droit, dont nul ne peut mesurer l'étendue, s'ouvrira tout à coup devant ces modestes magistrats : oseront-ils s'y lancer? et ceux qui l'oseraient, seraient-ils les plus aptes à la parcourir?

« Le premier effet de cette réforme imprudente serait, à notre avis, d'amener une mutation presque générale dans le personnel de nos juges de paix, nécessité vivement regrettable aujourd'hui, que ce personnel, un moment défectueux, a repris sa place dans l'estime et la confiance publiques.

« Le juge de paix ne serait plus le *magistrat populaire* de *Thouret, le propriétaire de bon sens* de *Treilhard*; il faudrait absolument un *licencié*, sinon un *docteur*, un légiste entouré de ses livres et qui serait tenu de les mieux savoir, d'être plus habile, plus exercé, plus sûr de lui-même qu'un magistrat appartenant à une compagnie judiciaire ; car celui-ci a la ressource de l'étude collective, de l'échange des idées, de la discussion, des lumières du barreau : le juge de paix est tout seul.

« Oh ! sans doute, il ne le serait pas long-temps : une espèce de barreau viendrait s'établir bien vite près de lui, et ce ne serait pas un des moindres inconvénients de la mesure proposée. On devine en effet la composition de ce barreau cantonal et mobile : les avocats, dignes de ce nom, en feraient rarement partie ; il se recruterait parmi les agents d'affaires dépourvus de titres, de garantie, de clientèle, s'en allant la quérir de canton en canton, exciter les poursuites, les diriger à leur gré, plaider à leur façon les incidents et le fond de ces litiges compliqués qui, dans leurs mains, se compliqueraient encore davantage. Ils feraient bien vite regretter les *huissiers* auxquels

on a interdit très-sévèrement la faculté de représenter les parties devant le juge de paix (art. 18 de la loi de 1838).

« Il faudrait se hâter de lever cette interdiction et de rendre aux parties ces conseils connus et sédentaires qui méritent, à notre sens, bien plus de confiance que les praticiens nomades et *guêtrés* dont on nous menace.

« Et remarquons bien que les *petites causes* déférées ainsi aux juges de paix, selon le montant de la cote foncière, seraient bien plus nombreuses que les causes de même nature qui resteraient aux tribunaux de première instance. Il est même tel ressort où elles passeraient toutes ou presque toutes de ces tribunaux aux justices de paix ; on n'a, pour s'en convaincre, qu'à jeter les yeux sur l'état des cotes foncières en France, etc.

« Sans doute, et nous le répétons à chaque page, il est regrettable que pour de modiques intérêts on expose des frais considérables; mais il faut chercher ailleurs le remède; celui proposé serait pire que le mal. Nous sommes précisément à cette recherche: nous la poursuivons à travers les titres les plus importants de la procédure civile, etc. »

S'il y a quelque chose de vrai dans ces observations, il nous semble que c'est précisément en ce qui touche les *petites saisies* car on vient de voir qu'elles étaient *trois fois* plus nombreuses que les autres, et que l'exception qu'on veut faire pour elles serait véritablement la règle, et que la règle deviendrait ainsi l'exception.

Nous venons de relire les écrits où cette idée est développée, et la rédaction qui la formule en texte de loi. Ce texte et ces motifs furent imprimés en 1856, et transmis par la chancellerie aux procureurs généraux.

Voici quelle en est à peu près l'économie.

La saisie des immeubles dont la contribution foncière n'excéderait pas 20 francs serait poursuivie devant le *juge de paix* du canton où ces biens sont situés.

Le cahier des charges serait rédigé par le greffier de la justice de paix, et lu à l'audience.

Les affiches seraient *manuscrites*.

Point d'insertions dans les journaux.

Les enchères seraient faites directement sans intervention d'officiers publics.

C'est le juge de paix qui prononcerait l'adjudication.

Il prononcerait, en outre, sur tous les incidents antérieurs et postérieurs à cette adjudication ;

Sur les demandes en *distraction* et en *subrogation* ;

Sur la validité des *baux* et autres *titres*, quels que fussent leurs chiffres, leur durée, leurs conditions ;

Sur la surenchère, la folle enchère, les incidents et les effets de ces deux procédures ou de toute autre qui se rattacherait à l'expropriation elle-même.

La voie de l'appel ne serait pas ouverte contre toutes les décisions du juge, et celles qui pourraient être attaquées seraient déférées au tribunal de première instance.

Le même système, dont nous abrégeons les détails, serait appliqué, sauf quelques légères modifications à toutes les autres ventes judiciaires.

Le projet ne compte pas moins de *cent* articles.

Ces articles seraient superposés sur notre code actuel qui conserverait tous les siens pour les grandes saisies, pour les grandes occasions.

Ainsi deux codes parallèles au lieu d'un seul, deux codes alternatifs, de rechange, à l'usage de tous et chacun, selon qu'on voudrait exproprier *dix-neuf* ou *vingt francs* de contribution foncière. Tel créancier pourrait même se donner la satisfaction d'appliquer les deux à la fois, ne fût-ce que pour en comparer le mécanisme et les effets. Il pourrait, un code dans chaque main, poursuivre une saisie d'*arrondissement* et une saisie de *canton*; appeler des décisions du juge de paix devant le tribunal et des décisions du tribunal devant la cour impériale, et cela sur les mêmes questions de droit qui seraient peut-être décidées en sens inverse, et en dernier ressort, par les deux juridictions dont la compétence, si soigneusement réglée par nos lois, serait bouleversée de fond en comble par un incident de saisie.

Ajoutons que cette distinction de la grande et de la petite propriété, quand il s'agit de les saisir, n'est pas seulement contraire à l'égalité de leurs droits et au respect qu'elles méritent l'une et l'autre, mais qu'elle ne serait pas toujours facile à établir.

On propose le chiffre de la contribution foncière, c'est, nous le reconnaissons, le moyen le moins défectueux de fixer la valeur d'une propriété; mais ce chiffre, arbitraire et mobile,

peut toutefois ne pas représenter, selon les temps et les lieux, la valeur exacte de l'immeuble. Il dépendrait d'un directeur de contributions de créer, sans mauvais dessein, des incompétences et des nullités au moyen de quelques centimes de plus ou de moins. Si votre loi eût existé sous la dernière république, les fameux 45 *centimes* votés par elle auraient troublé toute l'économie de cette loi, comme ils troublèrent, dit-on, la république elle-même.

Ce n'est point que la petite propriété, au point de vue de l'expropriation, n'ait préoccupé les anciens législateurs comme les nouveaux.

En 1806 on avait songé aussi à exonérer de plusieurs formalités la saisie des immeubles au-dessous de *quatre mille* francs. Mais cette idée fut bien vite abandonnée en présence du grand principe de l'unité et de l'égalité de la loi.

Ce principe les législateurs de 1841 ne pouvaient l'oublier, et dans les simplifications générales par eux introduites ils eurent principalement en vue la petite propriété. Relisez l'exposé des motifs, les rapports, la discussion de la loi, et à chaque page vous trouverez cette pensée.

Les statistiques, ainsi que nous l'avons dit, étaient alors plus tristes encore qu'aujourd'hui.

« Il s'agissait avant tout de savoir, disait le garde des sceaux en présentant la loi, si elle serait générale, c'est-à-dire si elle s'appliquerait à tous les immeubles sans *distinction de leur importance*. Des statistiques malheureusement trop fidèles prouvaient que des ventes avaient eu lieu sur des mises à prix de *cinq francs*, et avaient été consommées pour des prix qui s'élevaient depuis *dix* francs jusqu'à *cent* francs, non compris les frais qui emportent toujours de 400 *à* 600 *francs*. Il y a dans ce fait la manifestation *d'une plaie incurable*, etc. »

Le rapporteur de la chambre des députés disait aussi :

« La critique la plus fondée contre la loi existante résulte de ce qu'elle soumet à la même complication de formes judiciaires toutes les ventes d'immeubles *n'importe leur valeur*, ce qui fait peser une charge trop inégalement sentie sur la *petite* comme sur la grande propriété : que conclure de là? Qu'il y a nécessité d'arriver à une grande simplification, mais non qu'il faut *étager* les procédures et les *graduer* selon la valeur des biens. »

Ces idées vraies et pratiques ne rencontrèrent de contradicteur ni dans l'une, ni dans l'autre chambre. Nulle voix ne s'éleva, pour proposer une exception en faveur des petites propriétés, ou pour mieux dire, toutes se réunirent pour reconnaître et proclamer que les petites propriétés profiteraient les premières et à un plus haut degré des innovations proposées. Cette puissante considération détermina la présentation et le vote de la loi. S'il ne se fût agi que des grandes propriétés, c'est-à-dire de celles qui par leur importance ne supportent que 3 ou 4 pour 100 de frais de saisie, la sollicitude du législateur eût été moins vive et peut-être la loi de 1841 serait-elle encore à faire.

On songea bien moins encore à déférer aux juges de paix la connaissance des petites saisies et de leurs incidents.

Cette idée toute populaire qu'elle pouvait apparaître ne fut émise ni en 1848, ni dans la proposition si vaste de 1850 touchant la réforme du régime hypothécaire et de la saisie immobilière, proposition sur laquelle nous aurons à revenir.

On a cherché un dernier argument dans quelques législations étrangères et notamment dans celles de la *Sardaigne*, de la *Prusse*, de la *Hesse Rhénane*, de la *Bavière*, etc., où il paraît que les juges de paix ont été substitués, en effet, aux tribunaux civils pour la saisie immobilière.

Respect à ces législations : elles doivent être excellentes pour les pays qu'elles régissent, mais ce n'est pas une raison pour les importer dans le nôtre et les mêler à un système judiciaire dont elle dérangerait l'harmonie en ce point comme en beaucoup d'autres. Chaque peuple doit assortir ses lois à ses mœurs, à ses usages, à son importance. Ce qui est bon au delà du Rhin pourrait ne l'être pas en deçà. Ceci est vrai surtout pour la substitution des juges de paix aux tribunaux, substitution, qu'à l'exemple d'ailleurs très-rationnel de ces pays, nous devrions étendre bientôt à toutes les contestations d'un modique intérêt, quelle qu'en fût la nature.

Il serait au reste d'autant plus inutile de pousser plus loin la réfutation de ce premier système que le gouvernement qui semblait d'abord vouloir l'adopter dans ce projet de 1856 dont nous venons de parler, l'a complétement abandonné.

Et cet abandon ne résulte pas seulement de ce qu'il n'a été donné aucune suite à cet avant-projet, mais de la loi nouvelle du 21 mai 1858.

On sait en effet que cette loi sur l'*ordre* a modifié préalablement certaines dispositions touchant la saisie immobilière. Or, ces dispositions qui forment les articles 692, 696 et 717 de la nouvelle loi présupposent toutes que la procédure sera suivie *devant le tribunal de l'arrondissement où les biens sont situés*, n'importe leur valeur, et non devant les juges de paix du canton. La loi entière de l'*ordre*, ancienne et nouvelle, n'a pas d'autre point de départ.

Ainsi la première innovation proposée devrait être écartée, si elle ne l'était déjà.

II. Venons à la seconde :

Elle consisterait « à interdire la saisie immobilière pour une *modique créance* si ce n'est avec l'*autorisation du juge*. »

On voit que ce moyen n'est qu'une variante retournée du premier, inspirée toujours par la même pensée, bien que le point de départ soit changé.

Là c'était la modicité du gage ; ici c'est la modicité de la créance.

Cette idée n'est pas plus nouvelle que l'autre.

Elle avait été formulée en ces termes par le projet de loi préparé en 1829 : « Si la créance due par un individu ne s'élève pas en capital et frais liquidés à une *somme de* 150 *francs en totalité*, le créancier ne pourra faire aucune poursuite en expropriation forcée, qu'après avoir obtenu l'*autorisation du tribunal* du domicile du débiteur ou de celui de la situation des biens, si ce domicile est inconnu ou fixé à l'étranger. « Cette autorisation sera donnée sur simple requête *sans frais ni droit du fisc*, et le tribunal ne l'accordera qu'après avoir examiné les pièces et entendu le procureur du roi en la chambre du conseil où le jugement sera rendu au bas de la requête : ce jugement ne sera susceptible ni d'opposition ni d'appel. » (Art. 5 et 6 de ce projet.)

Ces dispositions n'ont pas reparu dans les nombreux projets qui suivirent celui de 1829.

Elles furent même combattues dans les motifs et les rapports de la loi du 2 juin 1841.

Il est vrai qu'on ne se préoccupa, tour à tour, que de la valeur de l'immeuble et du montant de la créance. Ces moyens isolés étaient faciles à réfuter.

On leur aurait peut-être donné plus de force, si on les avait

réunis et combinés et qu'on eût proposé par exemple de ne permettre la saisie d'un immeuble de 150 francs pour une créance de la même somme qu'avec l'autorisation du magistrat.

Et ces misérables saisies sont plus fréquentes qu'on ne le pense : les statistiques sont encore là pour l'attester.

Ne serait-il pas désirable que le magistrat eût le pouvoir d'interdire de pareilles poursuites, alors qu'il serait convaincu qu'elles n'ont pour mobile que l'aveuglement, la malice ou la vengeance, et que leur résultat certain serait également funeste au créancier et au débiteur, puisque les frais de l'expropriation emporteraient à la fois la créance et la propriété.

Mais nous retrouvons encore ici ce principe inexorable de l'unité de la loi, de la foi des engagements, de la force du droit et de la liberté de l'exercer.

Ajoutons toutefois qu'il existe un amendement, un palliatif à cet état de choses si affligeant.

Nous le trouvons dans un texte de loi qui ne fut pas alors invoqué et qui répond, dans une certaine mesure, aux préoccupations qui ont dicté le moyen que nous examinons.

L'article 1244 du Code Napoléon dispose en effet que « les juges peuvent en considération de la position du débiteur et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve accorder des délais modérés pour le payement et *surseoir l'exécution des poursuites*, toutes choses demeurant en l'état. »

Le Code de procédure lui-même autorise le juge « à remettre l'adjudication sur la demande du poursuivant ou de l'un des créanciers inscrit, ou de la *partie saisie*, mais seulement pour causes *graves et dûment justifiées*. » (Art. 703.)

Ces exceptions à la rigueur du droit commun sont appliquées sans doute avec réserve, ainsi que la loi le recommande elle-même, mais enfin elles peuvent l'être et elles le seront toujours, n'en doutons pas, dans les cas analogues à celui que nous venons de présenter et où la bonne foi du débiteur et l'oppression du créancier seront bien manifestes. On aime à retrouver de pareilles dispositions dans nos codes ! elles sont là comme un point de repos, comme une consolation donnée à des craintes généreuses, mais qu'il ne faut pas exagérer : car si les rigueurs et les iniquités des créanciers doivent être surveillées et réprimées, il est sage de se préoccuper aussi des cas plus nombreux

où il est nécessaire de vaincre la négligence et la mauvaise foi des débiteurs.

Ceci nous conduit naturellement au troisième moyen proposé.

III. Ce moyen est plus net, plus logique, plus normal que les précédents; il ne blesse aucun principe.

Il s'agirait tout simplement de modifier la loi de 1841, modificatrice de celle de 1806; de simplifier encore davantage les formes de l'expropriation, d'abréger les délais, de diminuer les frais, d'achever enfin l'œuvre incomplète de 1841 d'après les idées nouvelles; et cela d'une manière générale et sans acception de la valeur du gage ou du chiffre de la créance.

Les auteurs de cette loi croyaient cependant avoir atteint la limite du possible.

« Les formalités prescrites par le Code de procédure civile, disait le garde des sceaux de 1841, étaient au nombre de *vingt-trois* : le projet les réduit à *douze*. La durée de la procédure variait de *huit mois* à *un an*. Elle n'est plus que de *quatre* à *huit mois*. Les frais s'élevaient en moyenne à *six* ou *sept cent francs* : ils sont réduits à *moitié* de cette somme. »

Et le rapporteur de la commission de la chambre des députés ajoutait :

« La commission a reconnu qu'il ne serait point possible de porter plus loin ce retranchement des formalités et l'abréviation des délais, sans donner lieu aux reproches *si justement adressés à la loi qui avait précédé le Code de procédure civile.* »

Mais nous venons de le dire : L'expérience et les transformations de ces vingt dernières années ont pu révéler l'insuffisance de ces premières modifications.

Il est juste de reconnaître aussi que le tarif du mois d'octobre 1841, dressé en exécution de la loi du 2 juin précédent, ne répondit pas complétement aux vœux de ceux qui réclamaient avant tout l'économie des frais. Ce tarif a été la principale cause des reproches adressés à la loi; et comme il se confond avec elle, on les a confondus dans la même critique.

Cette critique n'est point allée, on l'a déjà vu, jusqu'à méconnaître la sagesse de la loi de 1841 : on ne l'a trouvée que trop sage, un peu timide peut-être et on demande qu'elle fasse hardiment un pas de plus dans la voie tracée par elle-même.

Parmi les honorables écrivains qui ont exprimé ce vœu, il

en est qui ont formulé avec beaucoup de soin et dans tous ses détails un code nouveau d'expropriation, et s'il doit être réellement édicté, ces travaux pourront être consultés avec fruit [1].

Mais il s'élève contre eux une double objection, qu'il faut signaler avant tout.

L'un de ces projets se rattache, comme on l'a vu, au changement de juridiction que nous venons de combattre, c'est-à-dire à la substitution des juges de paix aux tribunaux de première instance. C'est là son point de départ unique et exclusif : et si ce point de départ n'est pas admissible, comme on peut le croire maintenant, la suite du projet ne le sera point davantage, sauf à examiner toutefois si quelques-unes des modifications proposées ne pourraient pas être détachées du projet qui les renferme et introduites dans la jurisdiction actuelle qui, à notre sens, doit être conservée.

Le second projet présuppose à son tour une modification de notre système hypothécaire : il subordonne absolument à cette modification *préalable* celles qu'il veut faire subir à la procédure.

Et bien qu'il lui ait été donné satisfaction sur quelques points très-importants par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription et par celle du 21 mai 1858 sur la nécessité d'inscrire et de purger les hypothèques légales, le privilége du vendeur et même son action résolutoire, il reste encore de nombreuses questions hypothécaires à résoudre pour rendre praticable ce second projet qui les suppose résolues.

Or elles sont loin de l'être. Les essais déjà tentés n'ont servi qu'à mieux révéler toutes les difficultés de cette vaste entreprise, et si elle n'est pas abandonnée, on peut dire qu'elle est ajournée ; on est allé au plus pressé par les deux lois que nous venons de citer.

Ainsi, il ne serait pas aisé, il serait au moins prématuré et peut-être oiseux de se livrer à l'examen d'un projet de loi qui repose sur des bases aussi incertaines et aussi hypothétiques.

Jetons toutefois un coup d'œil rapide sur les principales dispositions de ces divers projets.

On ne peut qu'applaudir, répétons-le, à la pensée générale qui les a inspirés.

[1] V. notamment les ouvrages cités dans nos précédents articles, d MM. *Chardon*, *Regnard*, *Séligman*, *Bordeaux*, *Piogey*.

Mais quand on descend aux détails, l'esprit s'inquiète et se trouble. Les auteurs se divisent eux-mêmes : et on pourrait aisément combattre l'un par l'autre.

Ainsi le premier système veut supprimer le procès-verbal de saisie-immobilière; il le remplace par la saisie faite, non par l'huissier sur place, mais par les avoués dans le cabinet du conservateur des hypothèques.

Le second système considère comme indispensable le transport de l'huissier sur les biens à saisir et par suite son procès-verbal. Il désire seulement qu'il soit signifié au débiteur, non *in extenso*, mais par extrait, non dans la quinzaine, mais à l'instant même pour éviter un second transport de l'huissier.

Le premier système veut que le commandement ne donne pas copie du titre; le second considère le titre comme le fondement de la saisie et ne comprend point cette suppression.

Le premier système veut que les enchères aient lieu sans le ministère d'avoués.

Le prétoire perdra alors toute sa dignité et l'adjudication toutes ses garanties, répond le second système. Ce sera une espèce de marché public dans lequel il ne sera pas facile de distinguer l'enchérisseur sérieux et solvable.

L'un des systèmes veut que le tribunal renvoie l'adjudication devant un notaire avec faculté de vendre par lots et d'accorder terme aux adjudicataires.

L'autre voit là le germe certain de folles enchères et peut-être d'expropriations nouvelles.

L'un veut abréger tel délai, supprimer telle formalité.

L'autre critique cette abréviation et cette suppression, et en propose de son côté de nouvelles inconciliables avec les premières.

Nous ne pouvons suivre plus loin ce parallèle sans retomber devant les juges de paix, tribunal spécial d'expropriation selon le premier système, ou en présence de nombreux amendements proposés par le second à notre loi hypothécaire : double hypothèse, ou plutôt double barrière qui nous interdit de passer outre.

Aussi bien retrouvons-nous encore ici la proposition faite à l'Assemblée nationale en 1850 par l'honorable M. Pougeard, et le remarquable rapport de M. de Vatimesnil sur cette proposition.

Elle embrasse à la fois la réforme hypothécaire et la réforme de toutes les ventes judiciaires.

C'est principalement ce grand travail élaboré par les hommes les plus compétents de l'Assemblée nationale législative, qui pourrait servir de base et de plan à un nouveau projet.

Ce n'est point qu'il n'ait été, comme les autres, l'objet de vives attaques ; et après les avoir tous médités et comparés, on est amené à se demander si au milieu de ce conflit, nous dirions presque de ce chaos, il ne serait pas plus sage de s'en tenir à la loi de 1841, si incomplète qu'elle puisse paraître, et si dans cette matière comme en beaucoup d'autres, le mieux selon l'expression vulgaire, n'est pas l'ennemi du bien.

Telle serait aussi l'opinion, si nous l'avons bien comprise, des auteurs de ces propositions diverses ; ils ne s'inquiètent que de la *petite propriété*, et si l'on trouvait un moyen de la protéger, de la soulager de l'énorme impôt de la procédure, ils seraient peut-être moins ardents dans leur projet de réforme générale.

Eh bien : ce moyen nous croyons qu'il existe.

IV. Il n'a pas plus que les précédents le mérite de la nouveauté ; il est au contraire le plus ancien, et nous devons avouer, en outre, qu'après un examen approfondi et une solennelle discussion, il a été rejeté, condamné, proscrit par cette même loi du 2 juin 1841, dont nous proclamions tout à l'heure la sagesse et les bienfaits. — Si nous venons attaquer aujourd'hui une des dispositions les plus importantes de cette loi, ce n'est pas sans quelque défiance. Aussi réclamons-nous plus que jamais l'indulgente attention de nos lecteurs. Le sujet semble la mériter.

Au lieu de surcharger le Code de nouveaux articles, nous demanderions la suppression d'un seul.

Cet article, sans précédent dans aucune législation et introduit pour la première fois en 1841 est ainsi conçu :

« Toute *convention* portant qu'à défaut des engagements pris « envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les im- « meubles de son débiteur sans remplir les formalités pres- « crites pour la saisie immobilière est *nulle* et *non-avenue* » (art. 742).

Ceux qui ne voulaient pas absolument de cette *convention* firent très bien de la proscrire en termes formels, car dès 1809 elle était entrée dans la pratique : ses avantages avaient été

reconnus et proclamés. Les tribunaux eux-mêmes l'avaient sanctionnée et encouragée.

Mais laissons à l'un de ses adversaires les plus redoutables le soin de présenter lui-même l'historique de cette clause connue dans le monde judiciaire sous le nom, plus ou moins exact, de *Voie parée*.

« Avant la loi de 1841, dit M. de Vatimesnil dans son rapport de 1850 (p. 16), les formalités de la saisie immobilière étaient si longues, si compliquées, si douteuses, si hérissées de difficultés, si abondantes en nullité, que *tous* les légistes et *tous* les praticiens cherchaient un remède à ces graves inconvénients. Ce fut dans cette situation qu'un jurisconsulte estimé *des Basses-Pyrénées* conçut l'idée d'une clause dont l'objet était de substituer un mode conventionnel d'expropriation au mode défectueux établi par le Code de procédure de 1806. Cette clause consistait *dans un mandat irrévocable* donné par le débiteur au créancier de faire vendre à défaut de payement, l'immeuble qui lui était hypothéqué. Le défaut de payement devait être constaté par un commandement. La vente ne pouvait avoir lieu qu'après un certain délai convenu entre les parties devant *un notaire désigné par l'acte* et à la suite de publications par voie d'affiches et d'insertion dans les journaux.»

« Cette clause prit faveur par suite des *vices* de la législation de l'époque auxquels *elle remédiait;* du département des Basses-Pyrénées elle se répandit dans celui de la Gironde.»

« La validité de la clause de voie parée fut contestée devant les tribunaux ; on prétendit qu'elle était contraire, sinon à la lettre, du moins à l'esprit des articles 2078 et 2088 du Code civil; que d'ailleurs les formes de l'expropriation étaient *d'ordre public*, et qu'il n'était point permis aux parties d'y déroger.»

« Les moyens de nullité furent rejetés par la plupart des *Cours d'appel* et par la *Cour de cassation;* il fut donc reconnu par la jurisprudence que sous l'empire du Code civil et du Code de procédure civile de 1806, la clause de voie parée était *valable*.»

« Dans ces circonstances la loi de 1841 fut préparée et ce *qu'il y a de remarquable,* c'est que la Cour de cassation qui avait décidé que dans le silence des Codes, la clause de *voie parée* n'avait rien d'illicite, *émit l'opinion qu'à l'avenir elle devait être prohibée par une disposition formelle.*»

Il eût été remarquable en effet que la Cour de cassation eût émis une opinion contraire à celle qu'elle avait sanctionnée par de nombreux arrêts.

Mais il n'en fut pas ainsi et nous devons, avant tout, relever une erreur qui en a causé tant d'autres et rétablir une fois de plus, le sens vrai des doctrines de la Cour, souvent altéré par des esprits intéressés ou superficiels.

Ce reproche ne s'adresse pas, on le comprend aisément, à l'éminent jurisconsulte dont nous combattons l'autorité. Il a suivi la tradition de tous ses devanciers, tradition qui se propagea jusqu'au sein des chambres législatives, où les organes du gouvernement lui-même affirmèrent à la tribune, ainsi que le *Moniteur* nous l'apprend, que la Cour était revenue de l'opinion de ses arrêts par une *délibération postérieure.*

Or *cette délibération n'a jamais eu lieu.*

Jamais la Cour de cassation n'a donné son avis sur le projet de loi de 1841.

Nos recherches sur ses registres nous ont appris seulement qu'une commission de six membres avait été nommée dans son sein, que M. Isambert en fut le rapporteur et que dans son travail *imprimé* et *distribué,* il donnait son assentiment au nouvel article 742 proposé par le gouvernement.

Pourquoi ce rapport préparatoire d'une commission, imprimé et distribué, ne fut-il pas discuté par la Cour? Comment expliquer ce refus inaccoutumé de répondre à l'invitation du gouvernement, alors surtout qu'il s'agissait d'une de nos lois les plus importantes?

Serait-ce que la Cour n'approuvait pas le travail de sa commission?

On pourrait sans témérité, aller jusque-là si l'on veut tenir compte des circonstances que voici :

Au moment même où la Cour fut consultée, elle était saisie de quatre pourvois qui tous présentaient exactement la question soulevée par le projet de loi, c'est-à-dire *la validité de la clause de voie parée.*

Une Cour l'avait annulée : trois Cours l'avaient maintenue.

La chambre civile, après la chambre des requêtes, statua sur ces quatre pourvois le même jour, et par quatre arrêts différents qui présentaient bien quelques légères nuances dans les espèces, mais qui laissaient entière la question principale.

Cette question fut résolue dans le sens de *la validité de la clause de voie parée.*

Ces quatre arrêts furent rendus le 20 *mai* 1840, sous la présidence de M. le comte Portalis et sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin[1].

Ils furent rendus, disons-nous, le 20 *mai* 1840. Cette date est à retenir.

La Cour de cassation avait été consultée à la fin de 1839.

Le projet de loi fut présenté à la chambre des pairs, le mois de janvier 1840.

On le discutait encore quand la Cour rendit ses arrêts.

Ce fut là qu'elle affirma quatre fois son opinion, officielle-

[1] Voici le texte de ces arrêts :

« Attendu que les parties majeures et capables de contracter peuvent faire toutes les conventions qui ne sont pas formellement prohibées par la loi, ou ne sont pas contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ;

« Attendu qu'aucun texte de loi ne défend à un propriétaire d'autoriser, même irrévocablement, son créancier à vendre les immeubles hypothéqués à sa créance, suivant des formes particulières déterminées par la convention, si ces formes ne dérogent pas à des lois intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs ;

« Attendu que les articles 2078 et 2088 du Code civil, au titre du nantissement, doivent être dans leur application restreints aux cas sur lesquels ils ont disposé ; — Qu'en effet, les dispositions prohibitives ne peuvent être étendues d'un cas à un autre ; — Que l'article 2078 ne s'applique qu'au gage mobilier ; que l'article 2088 ne défend au créancier que de s'approprier l'immeuble par lui détenu en titre d'antichrèse ; que, s'il est ajouté qu'il peut en poursuivre l'expropriation par les voies légales, c'est la consécration du droit qui lui appartient en l'absence de toute convention ; mais il n'en résulte pas que le créancier hypothécaire ne puisse pas faire vendre l'immeuble hypothéqué à sa créance, dans les formes réglées par une convention qui ne dérogerait pas à des lois intéressant l'ordre public ou les bonnes mœurs ;

« Attendu que l'article 747 du Code de procédure, dont le but principal est d'admettre après la saisie, et en cas de vente sur plusieurs publications, le choix entre la vente en justice et la vente devant notaire, et qui exige l'intervention de l'autorité judiciaire, parce que l'immeuble est déjà mis sous la main de la justice, n'exclut pas, avant la saisie, entre les parties majeures et capables de contracter la liberté des conventions dans les limites ci-dessus indiquées ;

« Attendu qu'en l'absence d'un texte de loi prohibitif, il reste à examiner si par la stipulation dont il s'agit on a dérogé à une loi intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs ;

« Attendu qu'on ne peut voir une pareille dérogation dans une stipulation qui conserve au débiteur propriétaire la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité et de la concurrence. » (Sirey, 1840, 1, 385.)

ment, judiciairement, dans l'exercice de ses hautes fonctions et avec toute l'autorité qui lui appartient.

Plus n'était besoin alors d'une délibération officieuse, d'une consultation.

Donnée avant, elle aurait pu alarmer des intérêts privés en instance devant la Cour et engager peut-être cette indépendance dont elle est si jalouse et qui fait sa force.

Donnée après, c'eût été une superfétation ; il y avait arrêt.

Ainsi, le silence de la Cour gardé pour la première fois sur un projet que le gouvernement lui soumettait s'explique sans effort et par des considérations dignes d'elle.

C'est néanmoins en présence de ces faits et de ces arrêts, qu'il a été soutenu, répété que la Cour s'était rétractée dans un document qui n'existe pas [1].

Ce n'est pas, on le pense bien, pour justifier la Cour, qui n'a pas besoin d'être justifiée, que nous sommes entrés dans ces détails, mais pour signaler les conséquences que cette erreur, souvent reproduite, a pu exercer sur le vote législatif.

Dans les assemblées délibérantes, il y a des spécialités diverses. Toutes ne sont pas aptes à tout. Des hommes éclairés et consciencieux, mais étrangers aux études judiciaires, peuvent bien compter pour quelque chose, en ces matières, l'autorité de la Cour de cassation ; si on la leur présenta sous un faux jour, qui nous assure que leur opinion n'en fut pas affectée ? Or, dans le vote de l'article 742 de la loi du 2 juin 1841, il eût fallu un bien petit nombre de suffrages pour déplacer la majorité ; car le *Moniteur* nous apprend « que la *première épreuve*

[1] M. *Chauveau, Adolphe*, est le seul qui ne soit pas tombé dans cette méprise. On sait que cet honorable et savant jurisconsulte a écrit le meilleur Commentaire de la loi du 2 juin 1841. Il l'a accompagné, selon son excellente habitude, de tous les documents législatifs qui préparèrent cette loi, ainsi qu'il vient de le faire dans son Commentaire non moins remarquable de la loi du 23 mai 1858 sur l'ordre. Or, dans la préface du Commentaire de la première de ces lois (t. V, p. 11), il constate que la Cour de cassation, bien que consultée, *ne transmit pas de délibération*. Il rappelle le rapport de M. Isambert, auquel il ne fut donné aucune suite. — L'honorable auteur est aussi un adversaire déclaré de la clause de voie parée, ce qui ne l'empêche pas de rappeler, p. 807 du même volume, à la *note*, qu'elle avait été défendue dans les observations des Cours d'Amiens, de Bastia, de Caen, de Douai, de Grenoble, de Metz, de Montpellier, de Nimes, d'Orléans, de Paris et de Rennes ; il aurait pu y ajouter les Cours de Lyon, de Pau et de Toulouse.

fut douteuse et que *l'article ne fut adopté qu'à une seconde épreuve*[1]. »

Quoi qu'il en soit de ces regrets rétrospectifs et de ces circonstances extérieures, il faut pénétrer enfin dans l'article lui-même.

Pourquoi fut-il inventé, proposé, adopté ? Pourquoi la clause de voie parée fut-elle si sévèrement proscrite ?

« Parce qu'elle était illicite, contraire à l'ordre public, immorale, usuraire, inhumaine, livrant sans merci le débiteur au caprice du créancier, qui, au moyen d'un mandat irrévocable, pouvait à défaut de payement à jour fixe faire vendre l'immeuble hypothéqué *sans la moindre formalité de justice et à vil prix.* »

Ce fut pour répondre à ce dernier reproche, fondement de tous les autres, qu'un honorable député de la Seine (M. Carnon) présenta un amendement qui offrait, selon l'expression des arrêts de la Cour de cassation, « la triple garantie de la mise en demeure, de la publicité, et de la concurrence[2]. »

[1] *Moniteur* du 17 janvier 1841.

[2] Voici le texte de cet amendement :

« Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris par le débiteur, le créancier aura le droit de faire commettre par le président du tribunal, sur simple requête, parties présentes ou dûment appelées, un notaire à l'effet de faire vendre devant lui les immeubles hypothéqués, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, sera valable et recevra son exécution à la charge par le créancier de satisfaire aux conditions suivantes : 1° le titre constitutif de la créance contiendra la fixation d'une mise à prix et des conditions de la vente ; — 2° mention de la clause conférant le droit de vendre devra être faite dans l'inscription hypothécaire ; — 3° un commandement de payer constatant le défaut de payement énoncera l'intention du créancier de faire usage de ladite clause ; — 4° trente jours au moins après ce commandement la vente aux enchères sera annoncée par une apposition d'affiches, faite aux lieux indiqués par l'article 699, et constatée par acte d'huissier ; de plus, un extrait succinct du placard sera inséré dans l'un des journaux consacrés aux publications légales dans le département où les biens sont situés ; — 5° l'adjudication ne pourra avoir lieu que trente jours après l'accomplissement des formalités prescrites par le paragraphe précédent ; — 6° si au jour fixé pour l'adjudication il ne se présente aucun enchérisseur, il en sera dressé procès-verbal, et le créancier aura le droit de faire de nouvelles affiches et insertions suivant le mode ci-dessus arrêté, et de procéder dans le même délai, à une nouvelle adjudication, en réduisant la mise à prix de deux cinquièmes au plus ; — 7° le droit de surenchère pourra être exercé conformément à l'article 708 ; — 8° il ne pourra être alloué au notaire qui procèdera à l'adjudication que les droits déterminés pour les ventes judiciaires. »

Ces garanties étaient également stipulées dans tous les contrats soumis à la Cour de cassation et voilà pourquoi elle les maintint.

Il ne s'agissait pas, il ne s'est jamais agi, on le sait bien, de vendre l'immeuble *sans la moindre formalité de justice*, mais de ne faire au contraire cette vente qu'après commandement *à un mois*, après affiches et publications, espacées de manière à prendre encore *deux mois* de plus ; après enchères publiques, surenchères, etc., c'est-à-dire, avec tous les délais et toutes les précautions qui éloignent jusqu'au plus léger soupçon d'erreur ou de surprise et qui assurent que l'immeuble, s'il se vend, se vendra à sa juste valeur.

Eh bien ! c'est cette convention aussi loyale que sage qui a été réprouvée et qui est encore formellement interdite !

Sans doute, il n'est point permis de déroger par des conventions particulières à des règles d'ordre public.

Nous rendons hommage à ce principe écrit au frontispice de notre Code et appliqué par lui-même à plusieurs autres de ses dispositions.

Mais cette application a-t-on jamais songé, avant 1841, à l'étendre jusqu'à la convention dont il s'agit?

N'est-elle pas protégée au contraire par des principes aussi élémentaires, aussi sacrés et que toutes les législations ont empruntés au droit romain ?

Le propriétaire, maître de ses droits, peut user et abuser de sa propriété. Il peut en disposer à son gré. Il peut s'en dépouiller à l'instant même par donation, par vente ou échange.

Il peut rendre l'aliénation conditionnelle ou suspensive.

Il peut consentir une vente à réméré.

Il peut souscrire une lettre de change qui n'est elle-même que la vente de sa liberté sous faculté de rachat.

Et il ne pourrait faire un emprunt hypothécaire en stipulant qu'à défaut de payement au terme convenu, on n'emploiera pas contre lui l'arme meurtrière de l'expropriation, qui du même coup lui ravit son bien et sa considération ?

Il ne pourra pas demander qu'à ce moyen violent, à cet humiliant éclat on substitue des formes plus simples, plus raisonnables et conduisant plus sûrement au même but, au seul but qu'on se propose, c'est-à-dire, le payement de la dette et la vente de l'immeuble aux meilleures conditions ?

Et le prêteur devra lui-même se soumettre fatalement à cette série de longues formalités qui toutes se terminent par ce refrain menaçant : *à peine de nullité*, ce qui a fait de l'expropriation une sorte d'entreprise aléatoire, de campagne périlleuse pour laquelle on réclame une prime d'assurance.

C'est au nom de l'*ordre public* qu'on a établi et qu'on réclame le maintien de cet état de choses.

Mais l'ordre public, dans la matière qui nous occupe, doit avant tout assurer le crédit public, relever la propriété foncière, encourager l'agriculture, respecter la foi des contrats ; et on lui enlève précisément tous les moyens de remplir cette noble mission.

Ne nous jetons pas inutilement dans la théorie des formalistes plus ou moins intéressés dans la question, laissons parler les faits et les chiffres. Ils sont plus *entêtés* que les arguments de nos adversaires.

Nous venons de dire que les prêts hypothécaires avaient considérablement diminué en France ; on peut s'étonner qu'ils n'aient pas diminué davantage depuis la prohibition du pacte destiné à les multiplier en les facilitant, c'est-à-dire en les rassurant.

Et comment seraient-ils rassurés aujourd'hui, où l'on peut dire, en retournant l'objection, que le créancier est réellement à la merci de son débiteur ?

La créance la plus légitime, fût-elle première en hypothèque, est toujours menacée ; et, quand elle n'est pas perdue ou ébréchée, le jour de son remboursement est tellement incertain, tellement éloigné que le créancier qui attend ce remboursement pour acquitter une dette personnelle peut être exproprié à son tour pendant les lenteurs de l'expropriation qu'il a commencée ; et s'il est *négociant* il a dix fois le temps de faillir avant d'être au bout de sa procédure. Les exemples ne sont pas rares où la saisie amène la saisie comme la faillite appelle la faillite.

La loi romaine était sévère, cruelle, pour le débiteur qui ne payait pas ; elle le considérait comme coupable et lui en donnait même le nom : *Reus*. Elle autorisait contre lui les plus mauvais traitements. Le créancier pouvait le charger de chaînes pourvu que leur poids n'excédât pas 15 livres.

Ici encore réaction des mœurs et des lois ! Aujourd'hui c'est le créancier qui est traité en coupable. On ne lui met pas pré-

cisément une chaîne de fer au cou quand il a l'audace grande de réclamer ce qui lui est dû ; mais on l'attache au Code de procédure dont les mille plis et replis étreignent et mutilent sa créance jusqu'à ce que mort s'ensuive.

Toutes les sympathies sont déplacées : elles sont acquises au débiteur contre le créancier. Celui-ci est le juif, l'arabe, l'usurier ; l'autre une innocente victime qu'il faut secourir à tout prix en l'aidant à ne pas payer ses dettes, en l'encourageant dans son insouciance ou sa mauvaise foi.

Mais cette victime, c'est vous-même qui la sacrifiez ; car enfin, si le prêteur découragé par vos injustes préventions et surtout par le Code, garde son argent, que fera l'emprunteur qui avait besoin de cet argent et qui le trouvait à de si justes conditions ?

Il subira des conditions injustes.

Vous le poussez au réméré, à la lettre de change, au billet à ordre, à tous les actes qui ne jouissent pas, dans nos provinces surtout, d'une très-bonne renommée, car là peuvent se cacher aisément l'usure, la fraude et la violence.

Dans la vente à réméré, si le vendeur n'exerce pas à temps cette faculté, c'est-à-dire s'il ne paye pas au jour fixé tout est dit, tout est consommé, il est dépouillé à l'instant, irrévocablement, à huis clos, sans enchères ni surenchères par la seule vertu de son contrat, de cette clause rigoureuse qui mérite mieux que la nôtre ce nom équivoque de *voie parée*, nom qui peut-être a fait illusion à quelques esprits, car le mot n'est pas sans portée quand on veut déconsidérer la chose.

Ah ! c'était contre cette *voie parée* qui a la terrible puissance d'étouffer le patient entre deux portes, c'est-à-dire de le déposséder en silence, à l'heure dite et presque toujours à vil prix, c'était contre la lettre de change du cultivateur, c'est-à-dire contre son emprisonnement, que nos adversaires auraient dû réserver toute leur indignation et toute leur colère ! Ils se sont trompés de but ; leurs coups ont porté à faux ; ils voulaient secourir le débiteur, ils le perdent ; ils voulaient sauver le crédit public, ils le tuent.

Ne semblent-ils pas le reconnaître eux-mêmes quand ils disent que la convention dont il s'agit pouvait être bonne sous le Code de 1806, mais qu'elle est devenue inutile sous la loi de 1841 qui a simplifié la procédure ?

Mais c'est déserter la question : posons-la plus nettement. Assez de confusions et d'équivoques.

Il ne s'agit pas de savoir maintenant si la clause est plus ou moins utile, s'il en sera fait un usage plus ou moins fréquent, alors que la prohibition sera levée. Il s'agit uniquement de décider si cette clause est, comme vous le prétendez, illicite, immorale, contraire à l'ordre public ; c'est votre thèse unique et exclusive.

Or, si vous la modifiez cette thèse en ce sens que la clause pouvait être permise sous le Code de 1806, elle pourra l'être tout aussi bien sous la législation de 1841 qui, de l'aveu de tous, n'a apporté que des modifications insignifiantes à la première de ces lois, en ce qui touche *la petite propriété* absorbée aujourd'hui comme alors par les frais énormes des ventes judiciaires, ainsi que nous l'avons établi nous-mêmes par des chiffres.

Sans doute la clause est *illicite* aujourd'hui, puisque l'article 742 l'interdit en termes formels ; mais c'est précisément ce qui a soulevé tant de réprobations contre cet article, et qu'on désire si vivement le voir disparaître de nos lois qu'il dépare et qui jusque-là en avaient été préservées.

Ce ne fut pas seulement devant la Cour régulatrice que son honorable procureur général démontra la légalité, la moralité, les avantages généraux et privés de la clause qui nous occupe. Il reprit la question à la tribune législative, et la traita de nouveau, à tous les points de vue, avec cette verve de bon sens et cette logique vigoureuse qu'on trouve quelquefois un peu rude parce qu'elle renverse sans ménagement les sophismes qui lui cachent la vérité.

Une voix sincère et convaincue se joignit à sa voix puissante. L'honorable M. Dufaure posa, lui aussi, avec fermeté, les règles et les limites de la liberté des conventions, et appliquant ces règles à l'art. 742 qu'il appela d'abord une *innovation hardie*, il ne tarda pas à prouver que cette innovation était contraire au droit, au crédit public et surtout aux intérêts de la propriété foncière et de l'agriculture.

Notre honorable et très-regretté collègue M. Chégaray prononça un excellent discours dans le même sens et les trois orateurs confirmèrent leurs paroles par le témoignage de leur expérience personnelle comme magistrats et comme jurisconsultes.

D'autres jurisconsultes et d'autres magistrats, non moins autorisés, prirent une part brillante à cette lutte, d'où sortit si péniblement le nouvel article 742 [1].

Mais à mesure qu'il a marché il s'est montré plus faible, il a trahi les vices de son laborieux enfantement; ils se sont révélés surtout par la comparaison et la pratique de l'ancien et du nouvel état de choses. Ici encore l'expérience de ces vingt dernières années n'a pas été perdue, elle a ramené beaucoup d'esprits supérieurs, elle a surtout éclairé nos populations agricoles : il n'a pas été facile de leur faire comprendre qu'on ait relevé le *crédit de la terre* en défendant au propriétaire qui peut la vendre de suite, et aux conditions qu'il lui plaît, d'emprunter une somme sans condamner forcément son créancier et lui-même à subir un à un tous les articles du Code sans pouvoir mutuellement se faire grâce d'un seul, quel que soit leur désir, leur convenance et leur intérêt réciproques; elles ne voient là ces populations, dans leur bon sens pratique, qu'une mesure imaginée, au contraire, dans l'intérêt exclusif des gens de justice et contre l'intérêt manifeste de la propriété et de l'agriculture. Aussi quand cette question est traitée dans nos conseils généraux et dans nos comices agricoles, et c'est sa place naturelle, la voie parée trouve-t-elle de chaleureuses adhésions. Parmi les encouragements à la bonne culture, celui-là est placé en première ligne parce que la bonne culture exige avant tout des avances que le système actuel rend bien difficiles à obtenir. L'opinion de ces habitués intelligents de la campagne et de la ferme nous paraît avoir ici autant de compétence et de gravité que celle de nos meilleurs jurisconsultes; l'un de ceux que nous venons de citer n'a pas dédaigné de discuter en pleins champs cette question qu'il avait déjà si éloquemment traitée à la Cour de cassation et à la tribune législative. Il a trouvé dans le lieu même où il parlait de nouvelles inspirations et de nouvelles preuves qui ont été accueillies par les applaudissements sympathiques de ses auditeurs ruraux, personnellement intéressés à la question [2].

« Mais si la voie parée est rétablie, disent enfin ses ad-

[1] V. notamment les discours du ministre des travaux publics de cette époque et de MM. Renouard, de Belleyme, etc., en faveur de l'article 742.

[2] V. le discours prononcé par M. le procureur général *Dupin*, le 6 septembre 1857, au comice agricole de l'arrondissement de *Clamecy* (Nièvre).

versaires, elle sera écrite dans tous les contrats de prêt, elle sera de style, elle deviendra le droit commun, le Code de procédure sera mis de côté, le titre de la saisie immobilière deviendra surtout inutile. »

Eh mon Dieu!.... nous n'osons dire toute notre pensée : mais enfin serait-ce donc là un malheur irréparable? Votre objection n'est-elle pas au contraire l'aveu formel que ce pacte que vous paraissez redouter plus que le code est entré profondément dans nos mœurs, dans nos habitudes, dans nos intérêts et qu'il ne s'agit que de l'y maintenir, de sanctionner le fait par le droit, condition heureuse d'une bonne loi.

Il est tellement vrai que cette clause accueillie avec faveur par la justice elle-même et toujours appliquée sous son égide, avec profit et sans dommage, a été généralement regrettée, qu'on essaye tous les jours de la reprendre par des moyens plus ou moins détournés.

Il est inutile de dire que la Cour de cassation, gardienne sévère de la loi, ne tolère pas ces détours. Il en est cependant qui échappent quelquefois à sa haute censure.

D'abord, elle maintient invariablement les clauses stipulées avant la loi du 2 juin 1841, cette loi, à l'exemple des autres, ne pouvant avoir d'effet rétroactif, bien qu'on ait soutenu le contraire en invoquant toujours et toujours abusivement ces grands principes d'ordre public étonnés de se voir mêlés à cette question en sens inverse de leur application naturelle. Les arrêts sur ce point sont nombreux. Mais on a soumis à la cour des cas plus difficiles : ainsi en 1844, elle eut à statuer sur le mérite d'une clause par laquelle, « un débiteur en hypothéquant un immeuble consentait à ce que son créancier devînt, à défaut de payement au terme convenu, propriétaire de l'immeuble hypothéqué. » La Cour de Montpellier avait annulé cette clause qu'elle trouvait contraire aux articles 2078 et 2088 du Code napoléon et surtout au nouvel article 742 du Code de procédure civile; mais la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Delangle, cassa cet arrêt et ne vit dans la clause ci-dessus qu'*une vente conditionnelle non interdite par les lois* (Sirey, 1845, 1, 17).

Ainsi le 26 février 1856, elle a rendu encore un arrêt qui déclare « valable, *même depuis le nouvel article* 742, prohibitif de la clause dite de voie parée, la clause d'un acte d'emprunt

par laquelle il était stipulé que dans le cas de non-payement à l'échéance le prêteur sera propriétaire des immeubles qui lui sont affectés suivant l'estimation et la fixation du prix qui en sera faite par experts convenus ou nommés d'office : l'art. 742 précité relatif à la vente forcée du bien d'un débiteur, laisse subsister les règles ordinaires qui régissent le contrat de vente volontaire. » (Sirey, 1856, 1, 667).

Or, qui voudrait soutenir que ces clauses, maintenues par la Cour de cassation, offraient les mêmes garanties au débiteur que l'ancienne clause de voie parée?

Ici en effet, mise en demeure, publicité, concurrence, surenchère; là *pas une seule* de ces garanties! et la première convention est respectée! la seconde interdite!

Celle-ci, pour être réhabilitée, n'aurait vraiment besoin, selon nous, que de ce simple rapprochement; il est plus significatif que toutes les dissertations, il montre combien cette convention est légitime et *populaire*, dans la bonne acception du mot, puisque en son absence si regrettée on cherche à lui substituer indépendamment de la vente suspecte à reméré, autorisée par la loi, des clauses qui ont avec elle des traits frappants de ressemblance et qui, comme nous l'avons dit, devraient éveiller davantage la sollicitude de nos adversaires.

Des adversaires! Mais est-il bien vrai que nous en ayons encore?

Est-il bien vrai que les leçons du temps aient été inutiles pour eux seuls et qu'ils n'aient rien appris au milieu de ce mouvement général d'idées, de faits et de transactions?

Nous ne saurions le penser : nous avons au contraire, la confiance que leurs anciennes et loyales opinions sur le point qui nous occupe, se sont modifiées avec la même loyauté.

Le gouvernement a le premier donné l'exemple de ce consciencieux retour.

Il s'est d'abord emparé pour son compte de cette clause de voie parée qu'on disait si contraire aux règles de la morale et de la justice; il l'a rétablie pour son usage personnel.

Elle est le fondement principal de la loi du 28 mars 1852 *sur le crédit foncier*.

L'aura-t-on, au moins, un peu adoucie, un peu tempérée dans le sens de ses anciens détracteurs?

C'est précisément tout le contraire.

Elle est beaucoup plus sommaire, plus rapide, plus rigoureuse. C'est à ne pas la reconnaître :

Quinze jours après une mise en demeure ou un commandement, la société peut à son choix faire séquestrer l'immeuble, jouir de ses revenus ou le faire vendre.

Le défaut de payement à l'échéance d'une *seule annuité*, suffit non-seulement pour autoriser ces mesures, mais encore pour rendre exigible le *capital entier*.

La *détérioration* de l'immeuble hypothéqué produit les mêmes effets.

La suite de la procédure est assortie à ces conditions premières.

Elle est tellement expéditive malgré les affiches et les publications que quinze jours après ces formalités *l'adjudication a lieu*.

S'il s'élève des incidents, le tribunal statue *en dernier ressort* sans que l'adjudication puisse être retardée.

Elle ne peut jamais être remise que du *consentement de la société*.

Les tribunaux ne peuvent sous aucun prétexte *surseoir aux poursuites*. Les articles 1244 du Code napoléon et 703 du Code de procédure ne sont pas de mise ici.

Qu'on veuille suivre la série des dispositions de cette loi, rajeunie par le décret du 6 août 1859, depuis l'article 20 jusqu'à l'article 44, et on verra qu'elle n'a pas seulement rétabli au profit du crédit foncier, la convention prohibée par l'article 742, mais qu'elle l'a modifiée, ainsi que nous l'avons dit, de manière à la rendre plus sévère et plus sévèrement exécutoire.

Et à notre sens, cette loi a très-bien fait : elle proclame loyalement les conditions de prêt : libre au public de les accepter ou de les refuser. S'il les accepte, il doit les remplir.

On doit être curieux de savoir comment les adversaires si intolérants de notre clause se sont accommodés de celle-ci?

Qu'en ont-ils dit?

Rien : nous nous trompons, ils l'ont complétement approuvée, mais il faut savoir par quels motifs. Nous copions :

« Cet établissement du crédit foncier autorisé et surveillé par le gouvernement offre une responsabilité morale et pécuniaire qui fait disparaître la plupart des inconvénients signalés. » (Voir le rapport que nous avons déjà cité, p. 26).

La responsabilité pécuniaire! Nous ne comprenons pas : que signifie ce mot quand il s'applique au *prêteur* qui livre son argent? C'est de la responsabilité pécuniaire de l'*emprunteur* qu'on s'est toujours préoccupé et à juste titre. Demandez au crédit foncier lui-même, il ne prête que sur première hypothèque et jusqu'à concurrence seulement de la moitié de la valeur du gage.

La *responsabilité morale!* cela veut dire sans doute que le crédit foncier n'abusera pas des conditions qu'il impose à ses débiteurs, qu'il leur donnera des facilités, qu'il leur sera doux et patient.

Mais il ne le peut pas : il ne le peut pas quand il le voudrait. Ses statuts sont sa loi : il faut qu'elle s'accomplisse. S'il se mettait à faire de la commisération ou seulement de la patience, son but serait manqué : il périrait inévitablement, il aurait déjà péri [1].

Il y a plus à espérer, sous ce rapport, d'un simple particulier; il est plus accessible à des considérations personnelles, par cela seul qu'il peut les accueillir sans contrôle. Il n'a pas de statuts qui l'enchaînent, des comptes à rendre à des actionnaires, de responsabilité quelconque envers des tiers.

Veut-on dire au moins que la voie parée très-morale pour le gouvernement ne l'est point pour des particuliers?

Nous repousserions cette théorie au nom du gouvernement lui-même. Il n'y a pas deux morales, et si elles existaient ce serait au gouvernement à donner l'exemple de la plus rigide et de la plus loyale.

Et il n'a pas selon nous, manqué à ce devoir par la loi du 28 mars 1852. Il est venu au secours de la propriété foncière en

[1] Deux lois récentes (votées en mai et juin 1860) viennent d'agrandir le cercle des opérations du *crédit foncier*. Par la première, il est substitué au comptoir d'escompte de Paris pour toutes les opérations que ce comptoir était autorisé à effectuer avec le sous-comptoir des entrepreneurs des bâtiments. La seconde l'autorise à faire des prêts aux départements, aux communes et aux associations syndicales. Le germe de ces lois se trouvait déjà dans le décret du 11 août 1859, qui permettait à la société du crédit foncier *d'étendre ses opérations* (art. 92). Ces lois importantes ont été préparées par deux remarquables rapports de M. Larrabure, député des Basses-Pyrénées. L'honorable rapporteur signale le but et les avantages de ces extensions, notamment de la dernière, avec une précision et une netteté d'idées et de style qu'on ne retrouve pas toujours au même degré dans les discussions financières et autres.

souffrance, et assurément il n'a pas trop exigé d'elle en lui demandant en retour la loyauté et l'exactitude dans l'accomplissement de conditions réciproques et librement consenties. Celui qui prête son argent a bien le droit de s'assurer qu'il lui sera rendu. Cette théorie, cette *moralité du prêt* a paru, nous le savons, trop simple et trop naïve à beaucoup d'emprunteurs, elle est peu de leur goût, raison de plus pour la maintenir sévèrement dans leur intérêt autant que dans l'intérêt des créanciers.

L'expérience nous l'apprend : plus une obligation est précise et rigoureuse, plus elle a des chances d'être exécutée sans retard, sans frais, sans dommage pour les parties. Le crédit n'est qu'à ce prix.

Ceci nous rappelle une comparaison un peu familière, mais pleine de justesse d'un savant professeur :

« Je me souviens avoir vu dans ma jeunesse, dit-il, les diligences ou messageries publiques attendre les voyageurs ; alors ceux-ci n'arrivaient jamais à l'heure du départ ; aujourd'hui les wagons des chemins de fer partent à heure fixe et je remarque que les voyageurs sont toujours arrivés avant l'heure du départ. Il en serait de même des débiteurs, ajoute l'honorable écrivain, s'ils savaient qu'à défaut de payement, ils seraient privés d'une propriété qui peut avoir une valeur plus considérable que celle de leurs créances [1]. »

Et pour établir cette vérité, l'auteur s'élève à de hautes considérations qui retombent de tout leur poids sur notre article 742. On le croirait rédigé, selon lui, ou par les anciens seigneurs féodaux qui avaient intérêt à conserver la terre dans les mains asservies de leurs vassaux, ou par les anciens procureurs qui regardaient cette terre comme leur patrimoine et qui le devenait en effet par les frais énormes de l'expropriation [2].

[1] M. Serrigny, professeur à la Faculté de Dijon, *Revue étrangère et française*, 1850, p. 257 et suiv., et 310 et suiv.

[2] L'auteur cite l'exemple de l'*Écosse*, pays pauvre autrefois, et dont l'agriculture a fait d'immenses progrès, grâce aux banques de prêt et à *la voie parée*. Il est remarquable que cette clause était surtout pratiquée dans les contrées de petite culture. M. de Vatimesnil nous a rappelé, comme on l'a vu, qu'elle avait pris naissance dans les *Basses-Pyrénées*, d'où elle s'était bientôt répandue dans toute la France. Nous ne renions pas cette origine, qui s'explique d'ailleurs bien naturellement. Les formes du *décret* étaient

Mais ce n'est pas seulement en faveur de la société du crédit foncier que le gouvernement a réhabilité l'ancienne clause de voie parée; il a manifesté l'intention de la rendre aux simples particuliers, et principalement aux petits propriétaires.

autrefois très-expéditives en Béarn. « Ces formes, dit M. Dupin dans son réquisitoire déjà cité, du 20 mai 1840, tenaient au caractère vif de ses habitants et se rapprochaient beaucoup de celles prescrites dans les clauses de voie parée. » Il y avait cependant dans cette législation béarnaise une disposition qui semblait vouloir compenser ce que la rapidité de l'exécution pouvait avoir de trop rigoureux. Le débiteur exproprié pouvait *dans l'année* reprendre sa propriété en payant toutes les dettes et tous les frais. Cette disposition se retrouve textuellement dans l'article 2331 du Code de Sardaigne, promulgué le 1er juin 1837; mais nous doutons des bons effets de cette faculté accordée au débiteur saisi de rentrer dans son bien; elle devait refroidir les enchères. Une adjudication temporaire, conditionnelle, et qui pouvait tomber devant l'exercice de cette espèce de *clause résolutoire*, devait peu encourager les acquéreurs qui désirent avant tout la sécurité de leurs acquisitions. Ils devaient aussi avoir peu de goût pour réparer les *biens décrétés*, qui, cependant, devaient en avoir grand besoin, d'après la tradition populaire. Aussi nos lois du 23 mars 1855 et 28 mai 1858 ont-elles sagement redoublé de précaution pour donner toute sûreté à l'adjudicataire et l'affranchir, non pas de l'action résolutoire du saisi, difficile à comprendre aujourd'hui, mais de l'action plus sérieuse du vendeur, *non payé*, de l'immeuble revendu judiciairement sur la tête de son débiteur. C'était l'une des améliorations le plus vivement désirées.

A propos du Code de la Sardaigne qui régissait la Savoie et le comté de Nice, il est impossible de ne pas rappeler la savante introduction de M. le premier président *Portalis*, dans laquelle il compare ce Code avec le Code Napoléon, qui lui servit de modèle. Cette étude comparative si remarquable semble acquérir un nouvel intérêt dans les circonstances actuelles. Parmi les modifications que les législateurs sardes firent éprouver à notre Code, il en est une qui rentre tellement dans notre sujet qu'on nous permettra bien de l'indiquer; elle est relative à la vente sous faculté de rachat On sait les sévérités de notre Code à ce sujet. « Le terme fixé est de rigueur et ne peut être prolongé par le juge. » — Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prescrit, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable. » (Art. 1661 et 1662 C. Nap.) Le Code sarde a bien adopté ces dispositions, mais il en tempère la rigueur en ces termes : « ..... Néanmoins si avant l'échéance du terme du rachat le vendeur demande qu'il soit prolongé, le tribunal, après avoir entendu sommairement l'acheteur ayant égard à *la modicité de prix* et à d'autres *justes* motifs, pourra accorder un nouveau délai dans lequel le rachat sera exercé. Ce délai ne pourra excéder la moitié du terme convenu, ni dans aucun cas être accordé plus d'une année, à partir de ce dernier terme. » (Art. 1666 du Code sarde.)

Ne serait-il pas désirable que cette sage et prévoyante modification passât dans notre Code? Ces ventes à faculté de rachat seraient moins redoutables, moins redoutées, car on s'en méfie partout; l'article 21 du Code *prussien*

Dans un second projet de loi imprimé aussi en 1856, parallèle à celui dont nous avons déjà parlé et adressé en même temps et dans le même objet aux procureurs généraux, nous lisons, en effet, la disposition suivante :

« Art. 67. La convention, portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière *est valable* aux conditions suivantes : à savoir 1° que les immeubles à vendre n'auront pas une valeur excédant celle représentée par une contribution foncière de vingt francs en principal d'après la matrice cadastrale; 2° que le notaire chargé de la vente sera commis par le président du tribunal sur simple requête présentée par le poursuivant et qu'il ne pourra réclamer que les droits fixés pour la vente judiciaire; 3° que la vente ne pourra avoir lieu qu'après un commandement à trente jours et après les publications faites et certifiées conformément aux dispositions de la présente loi. »

Et cette disposition comment fut-elle expliquée et justifiée dans le projet lui-même?

Qu'on nous permette de citer ce passage en entier, car non-seulement il est le meilleur résumé, la consécration la plus formelle de tout ce qui a été dit et écrit sur cette question, mais il montre combien les révélations de l'expérience peuvent en cette matière, comme en toute autre, modifier heureusement les théories qui paraissent les plus fermes. Hommage au législateur qui sait profiter de ces utiles enseignements!

Après avoir rappelé le texte de l'art. 742 prohibitif de la voie parée, l'exposé des motifs continue :

« Cette disposition qui paraît porter une *atteinte profonde à la liberté des conventions* n'existait pas sous l'ancien code : elle fut votée *sans discussion* à la chambre des pairs, mais à la chambre des députés elle donna lieu à une longue controverse.

dispose : « les contrats de rachat qui ne servent qu'à déguiser un acte d'usure sont nuls. » Vérité incontestable, mais qu'il était peut-être inutile d'écrire dans un Code, car l'usure est punissable sous quelque forme qu'elle se déguise. Si une clause de voie parée était, par exception, infectée de ce vice caché, que la concurrence et la publicité rendent bien difficile, les partisans les plus chaleureux de cette clause seraient les premiers à demander que les tribunaux en fissent justice, et ils n'y manqueraient pas.

« Jusqu'à la loi de 1841, il arrivait souvent en effet que, pour prévenir les *frais désastreux* d'une saisie immobilière, on stipulait dans les contrats de prêt, une clause par laquelle l'emprunteur donnait au créancier le mandat irrévocable de vendre l'immeuble hypothéqué devant notaire *et sans formalités de justice* [1].

« La légalité de cette stipulation connue sous le nom de *clause de voie parée*, avait souffert d'abord quelques difficultés : mais la jurisprudence de la plupart des cours avait fini par l'admettre et la Cour de cassation, par quatre arrêts du 20 mai 1840, rendus sur les conclusions de M. le procureur général Dupin, *avait confirmé presque solennellement cette jurisprudence.*

« L'art. 742 ci-dessus transcrit, portant prohibition de cette clause, n'en passa pas moins, peu de temps après, dans la loi du 2 juin 1841, sur le rapport de M. Pascalis, *après une épreuve douteuse* et malgré l'opposition des plus éminents jurisconsultes, notamment de MM. Dupin et Dufaure.

« Ces orateurs démontrèrent *jusqu'à l'évidence* qu'outre l'atteinte portée en principe, à la liberté des conventions, cette prohibition loin d'améliorer la position des petits propriétaires n'aurait d'autre résultat que *de l'aggraver* : qu'elle forcerait les prêteurs à recourir à d'autres moyens d'exécution *pires que cette clause*, aux lettres de change, aux ventes à réméré, *cette plaie des campagnes* et enfin à tous ces mauvais contrats qui n'ont été imaginés que par l'interdiction des contrats légitimes.

« On propose, pour les ventes judiciaires de biens de modique valeur, de rétablir l'usage de cette clause qui n'a rien *d'illégal*, mais de la rétablir avec des conditions dont le principe est dans un amendement qui fut vainement proposé par un député (M. Garnon) à savoir, qu'on ne pourrait la stipuler : 1° (on rappelle la disposition ci-dessus transcrite).

« Cette clause de voie parée, ainsi autorisée et avec ces conditions, par la loi nouvelle, paraît *un des moyens les plus sûrs* de diminuer les frais de justice pour les petites propriétés et aussi le nombre des saisies immobilières qui bien que simplifiées par leur renvoi devant *le juge de paix*, seront encore des procédures *longues et compliquées*. Elle sera aussi un moyen de concourir à l'établissement du *crédit agricole, car on ne*

[1] Nous avons déjà relevé cette erreur.

prête plus aujourd'hui même avec première hypothèque, sur les biens de minime valeur, dans la crainte que le prix n'en soit absorbé par les frais de vente judiciaire et par les frais d'ordre. »

Nous voilà, il faut en convenir, bien loin de 1841! si le temps a dissipé beaucoup de préventions et d'équivoques, il est juste de reconnaître de nouveau qu'il a disposé les choses et transformé les faits de manière à rendre plus saillants aujourd'hui les inconvénients de la prohibition de contracter, inconvénients qui, à l'époque où elle fut prononcée, n'apparaissaient peut-être point avec le même caractère d'évidence. Il ne nous en coûterait pas d'avouer que les auteurs de l'art. 742 n'avaient pas autant de tort que nous l'avons dit, s'ils voulaient reconnaître à leur tour que nous avons raison maintenant.

Cette réparation un peu tardive, cette réhabilitation de la liberté des conventions et des saines doctrines du droit doit causer à tous ceux qui l'attendaient, et nous étions de ce nombre, une satisfaction véritable; elle ne doit pas être altérée par la restriction du bienfait.

On voit d'abord que le projet persiste dans la *compétence des juges de paix;* nous n'avons plus rien à dire sur ce point, si ce n'est de faire remarquer combien la clause de voie parée a dû faire des progrès dans les esprits puisque ceux-là même qui veulent simplifier encore les simplifications de 1841 n'hésitent pas cependant à proposer cette clause comme la plus simple et la plus avantageuse de toutes les procédures.

Ils la restreignent sans doute aux petites propriétés, à celles qui ne payent pas plus de vingt francs d'impôt. Soit : acceptons avec reconnaissance cette première concession. Aussi bien les préoccupations de nous tous, adversaires ou partisans de la prohibition, se portaient avant tout, ainsi qu'on l'a vu, sur la petite propriété, parce qu'elle souffrait le plus de cet état des choses et qu'il est plus urgent de la soulager. Ici encore on est allé au plus pressé.

Mais enfin puisque la loi n'est pas encore faite ni même présentée et que nous en sommes toujours à l'avant-projet de 1856, qui d'ailleurs n'a rien d'officiel; qu'il nous soit permis de demander encore s'il est réellement indispensable, s'il est avantageux de maintenir cette distinction entre la grande et la petite propriété? N'ont-elles pas besoin l'une et l'autre de relever leur crédit, la grande autant et plus peut-être que la petite?

N'ont-elles pas droit au même titre d'être dégagées des entraves et des périls qui éloignent d'elles les capitaux? les grands capitaux sont-ils moins timides et plus aventureux que les capitaux modestes ?

La société du crédit foncier s'est bien gardée de faire ces distinctions. Le prêt, quel que soit son chiffre, est dégagé avec soin des embarras, des risques et des frais de la procédure normale. C'est sa police d'assurance pour tous et envers tous.

Cette société ne comprendrait pas que deux prêts faits par elle, l'un de *vingt mille* francs sur un immeuble de *quarante mille*, et l'autre de *deux mille* sur un immeuble de *quatre mille* fussent assujettis à des règles différentes, contraires, et que la voie parée permise pour le dernier prêt fut interdit pour l'autre.

Un simple particulier le comprendra moins encore; car enfin, il n'est pas obligé lui, comme le crédit foncier de stipuler nécessairement cette voie parée, ni pour les grands, ni pour les petits capitaux qu'il prête. C'est une simple *faculté* qu'on lui donne; on la donne aussi à l'emprunteur et cette faculté qui exige le consentement des deux parties, peut être rejetée par l'une d'elles et cela suffit pour qu'elles restent dans le Code; il ne leur est pas enlevé ce Code; le gardera qui voudra; la faculté d'en sortir, à certaines conditions, puisées dans le Code lui-même, n'a d'autre objet encore une fois, que de faciliter l'emprunt et son remboursement. Si la voie parée est la condition librement acceptée de ce contrat de prêt, faut-il donc le rompre, parce que le gage paye plus de vingt francs d'impôt?

La loi nous paraîtrait incomplète, inefficace, si elle admettait ces distinctions, elles l'empêcheraient d'atteindre son but principal, unique, qui doit être en définitive, de relever le crédit affaibli de toutes *les propriétés foncières*. Il y a entre elles dans cette question une espèce de solidarité qui ne permet point de les séparer. Ici le sol est indivisible; il doit jouir comme ses propriétaires de l'égalité devant la loi.

Il nous reste à préciser quelques détails secondaires dont on cherche à embarrasser le principe fondamental.

Ainsi, on s'est vivement récrié contre le *mandat irrévocable* de vendre donné au créancier par le débiteur; et toutefois ce mandat n'avait rien d'illicite, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation.

Mais enfin, pour faire cesser toute équivoque, ce mandat qui

avait déjà disparu de l'amendement Garnon de 1841, n'a plus été reproduit ni dans les rédactions de 1850, ni dans celles de 1856. Ainsi abandonné de tout le monde, ce point n'est plus à discuter.

Et s'il devait l'être nous n'hésiterions pas à dire aussi que ce mandat doit être retranché de la voie parée qui n'en a pas besoin, non par le motif invoqué, mais par une raison diamétralement opposée.

On disait, soit dans la discussion législative, soit dans la discussion doctrinale que « ce mandat facilitait la spoliation du débiteur au profit du créancier qui ambitionnait son bien à vil prix. »

Et remarquez bien, au contraire, que par le mandat, le créancier se rendait inhabile à devenir adjudicataire aux termes formels de l'article 1596 du Code Napoléon.

Or, cette incapacité pouvait devenir dommageable soit au débiteur, soit à ses créanciers en écartant des enchères un concurrent sérieux.

C'est donc par cet unique motif qu'il est désirable de voir dégager la voie parée de cette condition toujours inutile et qui souvent peut devenir nuisible.

Par les rédactions de 1850 et de 1856, il a été fait droit aussi à cet autre inconvénient qui pouvait résulter de ce que les parties eussent la faculté de choisir elles-mêmes, le notaire devant lequel la vente aurait lieu. On est maintenant d'accord que le président du tribunal déléguera ce notaire. Et assurément il lui faudra des motifs bien graves pour écarter celui qui avait déjà la confiance des parties et qui l'aura conservée.

On s'est aussi fort préoccupé de l'intérêt *des créanciers*. On a prétendu que cet intérêt pouvait être compromis par la clause de voie parée.

Mais il a été répondu à cette objection par un dilemme bien simple.

La vente par suite de voie parée sera considérée comme *volontaire* ou comme *forcée*.

Si elle est volontaire, et c'est son unique et vrai caractère, les créanciers agiront selon les règles tracées en pareil cas. Il ne leur sera fait aucun dommage.

Si la vente est considérée comme *forcée* on pourrait ordonner sans doute que les créanciers seraient appelés pour faire valoir

leurs droits; mais ce serait évidemment une complication superflue. Laissons agir le droit commun. Il combine et protége le triple intérêt de l'acquéreur, du vendeur et des créanciers; les articles 2181 et suivants du Code Napoléon reçoivent ici leur application directe.

Faisons remarquer au reste que dans les procès qui, avant 1841 et même depuis ont éclaté sur les effets de la voie parée ou de clauses qui s'en rapprochaient, jamais l'intérêt des tiers créanciers ne s'y est trouvé mêlé. Le litige s'agitait exclusivement entre le poursuivant qui voulait être payé et le débiteur qui ne voulait pas faire ce payement, deux volontés contraires qui suffisent bien pour expliquer, non-seulement les difficultés spéciales de l'expropriation, mais la plupart des contestations judiciaires.

Une autre observation doit trouver ici sa place. Il est encore d'expérience et nos adversaires eux-mêmes conviennent que les ventes devant notaire se font à de meilleures conditions que les ventes forcées en justice suivant les règles du Code. Et de cette vérité notoire, il y a trois raisons principales :

La première, la différence des frais;

La seconde, la difficulté d'obtenir du saisi, toujours mécontent, la remise des titres de propriété et les autres renseignements utiles à l'acquéreur;

La troisième enfin, la pénible nécessité de déposséder violemment un propriétaire qui *se débat contre la rigueur d'une exécution* et qui s'en venge quelquefois en dégradant l'immeuble qui va passer en d'autres mains.

Le législateur n'a pas hésité à reconnaître lui-même l'avantage des ventes volontaires sur les ventes forcées, car chose remarquable! l'article 743 qui suit immédiatement celui que nous discutons, après avoir prohibé l'intervention de la justice dans les ventes volontaires ajoute :

« Néanmoins lorsqu'un immeuble aura été *saisi réellement et lorsque la saisie aura été transcrite* il *sera libre aux intéressés*, s'ils sont tous majeurs et libres de leurs droits de demander que l'adjudication soit faite aux enchères *devant notaire* ou en justice sans autres formalités que celles qui sont prescrites aux articles 958, 959, 960, 961, 964 et 965 pour la vente des biens immeubles appartenant à des mineurs. »

Mais pourquoi cette faculté accordée *après* la saisie et sa

transcription n'est-elle pas accordée *avant?* Pourquoi cet éclat et ces frais préalables? Pourquoi en faire la condition et comme la récompense de cette faculté trop tard accordée de convertir la vente forcée en vente volontaire ? C'est venir au secours du failli après la faillite, du saisi après la saisie. Ne vaut-il pas mieux prévenir le mal que d'essayer de le guérir, après l'avoir causé? N'est-ce pas le cas de l'antique et sage maxime qu'on pourrait appliquer à toutes les affaires de cette vie grandes et petites : « *Melius est jura intacta servare quam post vulneratam causam remedium quærere.* »

Si l'on pouvait reprocher quelque chose au projet de 1856, indépendamment de la distinction entre les propriétés et les juridictions, ce serait peut-être de n'avoir pas donné assez de garanties au débiteur et nous rentrons ainsi comme on le voit, dans l'ordre d'idée de nos anciens adversaires. Car nous voulons comme eux toutes les conditions de publicité et de concurrence qui garantissent surtout les droits du débiteur.

Or, l'article 67 de ce projet admet la voie parée, ainsi qu'on l'a vu, sous la condition que la vente ne pourra avoir lieu qu'après un commandement de 30 jours et après les publications faites et certifiées *conformément aux dispositions de la présente loi.*

Et ces publications consistent uniquement dans des placards *manuscrits.* On supprime toute insertion dans les journaux.

N'est-ce pas priver le débiteur et ses créanciers de la principale et meilleure garantie de publicité? Or, s'il n'y a pas de publicité, il n'y aura pas de concurrence et sans concurrence point de vente sérieuse.

Il faut donc, à notre sens, maintenir rigoureusement l'une et l'autre de ces conditions essentielles.

Ajoutons que s'il était d'autres conditions qui eussent le pouvoir de mieux assurer à l'immeuble vendu son plus haut prix et de protéger plus efficacement les intérêts divers qui se rattachent à cette vente, les partisans de la voie parée les accepteraient avec empressement, car s'ils veulent que les parties puissent convenir d'un mode plus prompt et plus économique de réaliser le gage, ils veulent aussi, ils veulent surtout, ils ne sauraient trop le répéter, qu'aucun droit légitime ne soit compromis ou menacé. Ce serait payer trop cher les éléments de crédit public, si précieux qu'ils soient, s'il fallait les acheter

par le sacrifice des intérêts privés. Mais ici les uns et les autres se combinent, se confondent, et se prêtent un mutuel appui. On ne saurait les concevoir isolés ni surtout opposés. C'est leur réunion qui fait leur puissance.

Nous nous abusons peut-être, mais il nous semble que si la liberté de conventions, qui, comme toutes les libertés, a besoin, pour avoir force et durée, d'être protégée contre ses excès; Si cette liberté, disons-nous, est reconnue et proclamée, c'est-à-dire *rétablie*, il ne siérait pas plus aujourd'hui qu'autrefois de la réduire, de la marchander, de la *rapetisser* selon le chiffre de ces transactions immobilières qui toutes, même au regard du premier et du dernier ressort, ont une valeur *indéterminée*, c'est-à-dire égale aux yeux de la loi; si en un mot, cette concession, sagement réglée, était uniforme, générale, dégagée de ces restrictions arbitraires qui pourraient la dénaturer et l'affaiblir, il n'y aurait pas la même nécessité, il n'y aurait pas au moins la même urgence à remanier encore la loi de la saisie immobilière, œuvre considérable qui n'est pas elle-même sans inconvénient et sans danger. Ceux que présente la loi actuelle peuvent être aisément évités, corrigés par la volonté réciproque des parties, maîtresses de leurs droits.

Et quant aux ventes judiciaires des biens des mineurs, des femmes et autres incapables qui ne peuvent valablement exprimer cette volonté, la loi stipulerait pour eux et leur accorderait le bénéfice des conventions permises aux majeurs en réglant la vente de leurs biens d'une manière plus simple, plus rapide et plus économique. Les projets de 1850 et de 1856 renferment à cet égard des dispositions qui méritent d'être étudiées.

Terminons par une observation déjà indiquée et qui exige encore quelques mots : elle est relative aux officiers ministériels.

Eux seuls pourront se plaindre avec raison de l'abrogation de l'art. 742 qui leur est si propice.

Nous ne dirons pas, comme certains auteurs, que c'est une raison de plus pour l'abroger; car nous rendons plus de justice qu'eux à ces agents judiciaires et nous respectons davantage les droits sous la foi desquels ils sont entrés dans leur profession.

Mais cette profession ne doit point peser outre mesure sur des intérêts respectables aussi,

« Si l'on a dit avec raison, s'écriait M. Dupin dans le remarquable réquisitoire qui prépara les arrêts de 1840, si l'on a dit avec raison, que les rois sont pour les peuples et non les peuples pour les rois, il est encore plus vrai, ce me semble, que les notaires et les avoués sont pour les contractants et les justiciables, et non point ceux-ci pour les avoués et les notaires. »

Ces deux corporations qui comptent tant d'hommes honorables dans leur sein, s'agitèrent beaucoup quand on discutait en 1841 le principe de l'art. 742.

Il en fut de même en 1850 sur la proposition de M. Pougeard et le rapport de M. de Vatimesnil. Ce rapport fait connaître les prétentions respectives qui se produisirent à cette occasion.

Nous aimons peu cet antagonisme professionnel : il n'ajoute pas à la dignité de la profession ; il est d'ailleurs complétement inutile, car on sait bien que le législateur ne cédera pas à de telles influences, quand il s'occupe des intérêts généraux du pays et spécialement de la propriété foncière déjà accablée de tant de charges.

Il a reconnu néanmoins les justes ménagements dont il fallait entourer ces professions.

Une commission importante du Corps législatif, celle qui a préparé la loi du 21 mai 1858 sur l'ordre, s'exprimait ainsi :

« Quand les officiers ministériels n'auraient pas acheté leurs titres sous l'égide de la loi et acquis ainsi une situation qui, quelle que soit sa destination légale, ne pourrait être gravement altérée sans indemnité, il faudrait encore que leur intervention fût convenablement rémunérée, car après tout, leur moralité et leur intelligence sont encore pour les justiciables la meilleure des économies. Une réforme judicieuse et équitable peut, sans changer sensiblement les conditions de leur existence actuelle, proportionner la rétribution de ces officiers à l'importance de la cause plutôt que de l'attacher au mécanisme de la procédure, accorder une prime au succès qui suppose à la fois le discernement dans le choix et l'intelligence dans la direction de l'affaire ; une réforme ainsi faite rehausserait encore la dignité de ces intermédiaires et laisserait à leur travail, à leur habileté, à leur responsabilité, la juste rémunération sans laquelle le public se trouverait à la merci des capacités au rabais [1]. »

[1] Rapport déjà cité de M. *Riché* (p. 4).

Dans le même rapport nous trouvons un vœu depuis longtemps exprimé et qui, dans ce document législatif, revêt une importance nouvelle, puisqu'il s'agit d'une question de budget, *l'abaissement du droit du fisc pour les ventes judiciaires.*

Le gouvernement est le premier à se plaindre des frais énormes de ces ventes, mais il est aussi le premier à en profiter.

S'il renonçait à une partie de ses droits, l'exemple donné de si haut aurait d'heureuses conséquences et il pourrait réclamer avec plus d'autorité des économies nouvelles.

Et remarquons bien que les droits d'*enregistrement*, de *timbre* et de *greffe* tiennent une large place dans la liquidation de ces ventes forcées, désastre commun du débiteur et des créanciers qu'on aggrave encore par ces perceptions inopportunes qui se multiplient en raison même du malheur et de la détresse de ceux qu'elles atteignent.

Dans une prochaine livraison, nous examinerons la loi nouvelle sur l'*ordre*. LAVIELLE.

RÉVISION DU CODE PÉNAL DU PORTUGAL.

RAPPORT PRÉSENTÉ AU ROI, PAR LA COMMISSION, LE 4 JUILLET 1859 [1].

Traduit et annoté par M. BONNEVILLE, conseiller à la Cour impériale de Paris.

SIRE,

Les faits sociaux sont dans la vie des peuples la réalisation du travail de l'intelligence. On aura beau opposer des entraves

[1] Nous avons dernièrement annoncé (numéro de juillet 1859) la réforme radicale que le gouvernement portugais entreprenait d'introduire dans sa législation criminelle.

La haute commission instituée dans ce but par le décret royal du 30 décembre 1857, après un travail assidu de près de deux années, vient enfin de terminer la première moitié de la difficile tâche qui lui était imposée.

Son projet de Code pénal (partie générale) ayant reçu l'entière approbation du gouvernement, a été, dans les premiers jours de ce mois, présenté aux chambres portugaises par le ministre de la justice.

Nous sommes heureux de pouvoir donner à nos lecteurs le texte même

à la civilisation et faire subir aux nations les plus dures épreuves, le *progrès* est la loi de l'humanité, parce qu'il est la loi de la vie. Qu'importe qu'à travers les phases de ce développement incessant, que dans ces intervalles séculaires qui séparent le progrès de sa réalité effective, nous découvrions des égarements et des erreurs ; si la sphère des connaissances s'élargit ; si chaque siècle vit de ses propres idées ; si chaque vague de la civilisation laisse dans son reflux de nouveaux germes de fécondité et de richesse !...

Notre génération n'est pas astreinte par une destinée fatale à modeler sur le passé ses croyances et ses sentiments ; l'humanité n'est pas condamnée par la Providence à assister à la perpétuelle reproduction des mêmes phénomènes. Sans doute, notre société *moderne* a, elle aussi, ses douleurs à souffrir avec résignation ; mais au point de vue du bien-être et surtout de l'intelligence, qui oserait nier qu'elle ne soit infiniment supérieure à la société *ancienne*, laquelle, reposant sur une abstraction politique et blessant nos plus intimes sentiments, contraignait *le citoyen* à exiger de *l'individu* l'oubli de sa propre existence?... supérieure à cette société ancienne, laquelle, constituée sur l'esclavage, ne nous offre qu'une *philosophie* impassible en face des maux de l'humanité ; qu'une *religion* purement matérielle transformant en divinités toutes les énergies physiques ; que *des lois* protégées par des sanctions barbares et sanguinaires ?.....

Le christianisme a donné au monde un principe nouveau de sociabilité ; il a relevé la dignité humaine et proclamé la véritable destinée de l'homme [1] ! Mais, comme la société européenne,

du remarquable rapport, en forme d'*exposé de motifs*, qui accompagne ce projet.

Nous devons la communication et la traduction de cet important travail juridique à M. le conseiller Bonneville de Marsangy, l'un des criminalistes au concours desquels la commission de révision a cru devoir faire appel.

Inutile de faire remarquer qu'à raison de la gravité même du sujet on a dû s'efforcer, par la fidélité servile de la traduction, de conserver à ce document officiel *étranger* le cachet et les formes particulières qui le distinguent.

[1] « Pour le chrétien et pour le philosophe, pour le moraliste et pour l'historien, le *tombeau du Christ* est la borne qui sépare deux mondes : le monde ancien, le monde nouveau ; c'est le point de départ d'une idée qui a *renouvelé* l'univers, d'une civilisation qui a tout *transformé*, d'une parole qui a retenti sur tout le globe. Ce tombeau est le sépulcre du vieux monde, et le berceau du monde nouveau. » (De Lamartine.)

née et élevée à l'ombre du paganisme, ne pouvait, en embrassant l'Évangile, avoir immédiatement assez de force vitale pour se transformer et se rajeunir au moyen du sang nouveau que le christianisme infusait dans ses veines, les conquérants du Nord reçurent la mission providentielle de détruire par le fer, par le feu et par la force d'expansion de la race germanique, les restes de la civilisation païenne, afin de laisser entièrement libre aux idées chrétiennes la future constitution de la société.

Les temps modernes, nous le disons à leur gloire, ont su mettre à profit les leçons de la vie réelle. Ils se sont confiés à l'intelligence de l'esprit public et à la vertu des institutions, pour propager et défendre les principes que nous devons à *l'idée nouvelle*, principes qui sont, à cette heure, le patrimoine de tous! La pensée déjà ne s'agite plus dans une impuissance fatale. Elle pressent un but; elle se dirige vers un avenir connu, et elle entraîne dans son mouvement la science législative.

En regard de cette tendance vers la contemplation du monde moral, laquelle livre à la controverse des philosophes la nature psychologique de l'homme, on se demande pourquoi *le droit pénal* est entré si tard dans l'arène de la vie sociale et politique; pourquoi ce droit qui offre à tous les intérêts légitimes une protection efficace, a trouvé tant de difficultés à s'associer aux destinées des nations, alors que le *droit civil* avait déjà conquis une prépondérance considérable dans le domaine des sciences?.....

Sans examiner les causes naturelles qui expliquent ce contraste, causes dont le développement excéderait les bornes de ce rapport, toujours est-il que l'âge moderne a tiré la science du droit pénal de l'espèce de pénombre où elle était ensevelie, et qu'elle en a réhabilité les vrais principes, à tel point que ces principes, oubliés durant des siècles, sont aujourd'hui autant de vérités philosophiques, accessibles aux plus vulgaires intelligences.

La fin du dernier siècle vit se reproduire, avec une ardeur sans exemple dans l'histoire, une rénovation scientifique à laquelle nous devons cette grande réforme législative, qui partit des bords de la Newa[1] et dont l'influence étendit la pro-

[1] Catherine II, impératrice de Russie, ordonne en 1767 la confection d'un nouveau *Code pénal*, et publie une instruction dans laquelle se trouvent

pagation des nouveaux principes dans la législation des autres peuples. Depuis lors ces diverses législations ont, à l'aide du temps et de la civilisation, et par suite d'une sorte d'émulation fraternelle, reçu des perfectionnements dont nous recueillons les précieux résultats. Ajoutons que ce mouvement rapide et sympathique, cessant d'être individuel et local, a gagné tous les pays, s'est imposé aux gouvernements et aux peuples, et a déjà élevé et consolidé les plus beaux monuments de législation criminelle[1].

I.

La tendance de l'époque actuelle pour la *révision* des lois pénales est claire, patente, irréfragable[2]; mais, convient-il, pour la satisfaire et la seconder, de réédifier *tout d'une fois* la vieille législation, ou de la corriger et perfectionner *graduellement* au moyen de réformes *partielles*[3]? Cette question de

reproduites les idées de Montesquieu et de Beccaria. (En 1770, Victor-Amédée publie ses lois et constitutions de Sardaigne, si renommées par la sagesse progressive de leurs dispositions; et, en 1795, Pierre-Léopold, grand-duc de Toscane, son fameux Code pénal (*Codice Leopoldino*), qui est sans contredit le plus beau monument de législation criminelle de cette époque.)

(*Note du traducteur.*)

[1] Birnbaum : *Oratio de peculiari ætatis nostræ jus criminale reformandi studio;* Louvain, 1829. Mittermaier : *Die Gesetzgebung and Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung;* Erlangen, 1856. Et l'excellent travail présenté au commencement de cette année à l'Académie des sciences morales, par Kœnigswarter, sous ce titre : *Histoire du progrès de la législation criminelle de la science pénale, depuis le milieu du XVIIIe siècle jusqu'à nos jours.*

[2] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, chap. *De la réformation des lois criminelles*, p. 21 et suiv.

[3] « Il est urgent de reformer notre législation criminelle; mais comment y parvenir? Procédera-t-on par des innovations *partielles* et *successives*, ou bien par une modification *générale?*..... Entre ces deux partis, celui d'une *refonte complète* est préférable; « il est le plus digne d'un peuple éclairé dont la législation a le glorieux privilége de se placer à la tête de la législation moderne; il est aussi le plus conforme à cet esprit de conservation et de durée, sur qui repose le long avenir des lois. » La première de toutes les conquêtes pacifiques, c'est de reconquérir à la religion, à la morale, au respect des lois, la classe aujourd'hui si nombreuse des malfaiteurs! C'est par conséquent de donner à la France une législation criminelle digne d'elle, en parfait accord avec les progrès de la science pénale, l'état du pays, les nécessités de l'ordre social! Cette dette sacrée de tout pouvoir semble incomber plus spécialement encore à un gouvernement fort et réparateur.....

codification avait, vers le commencement de ce siècle, divisé le droit en deux écoles désormais d'accord (*harmonisadas*): l'école *historique* et l'école *philosophique*. Rossi parut vouloir dernièrement ressusciter cette controverse, lorsqu'il soutint la nécessité d'abandonner le système de codification générale, et de ne procéder aux réformes que par des lois spéciales ; mais le mouvement incessant de codification, qui déjà s'étend jusqu'au Nonveau-Monde, témoigne assez du sentiment général qui a repoussé cette opinion[1].

L'Angleterre elle-même, le pays des statuts de *common law*, qui semble devoir être l'expression vivante des principes de l'école *historique*[2], protesta, dès le XVIe siècle, de la nécessité d'une révision et codification du *droit statutaire* (*statutario*) par la bouche de Fr. Bacon, au temps de Jacques Ier ; par celle de Math. Halle, dans le XVIIe siècle ; par celle de W. Young Barrington et de Jérémie Bentham, au siècle suivant; enfin, de nos jours, par l'éloquent orgaue de Samuel Romilly, James Mackintosch et Robert Peel ! Du reste, c'est principalement sur la codification pénale que ce pays dirige son attention, depuis le règne de Guillaume IV, protestant ainsi contre la charte *immuable* (*immutavel*) de Morton et contre les adversaires de cette même codification[3] !

Sans vouloir ressusciter une question déjà résolue, on peut dire avec M. Odilon Barrot, dans le rapport qu'il présentait il y a trois ans à l'Académie des sciences morales et politiques de

Si l'idée que j'ose émettre venait enfin à se réaliser, la France aurait bientôt, à côté du *Code civil* de Napoléon Ier, le *Code criminel* de Napoléon III ! » (Bonneville, *De l'amélioration des lois criminelles.*)

[1] « Depuis 1830, presque toutes les nations de l'Europe ont procédé à la réforme complète de leur législation criminelle. Ainsi se sont successivement produits les nouveaux Codes de pénalité de *Grèce* (1833), de *Russie* (1833), des *Iles ioniennes* (1837), de *Zurich* (1835), de *Saxe* (1837), de *Berne* (1839), de *Wurtemberg* (1839), de *Sardaigne* (1839), de *Hanovre* (1840), de *Brunswick* (1840), de *Hesse* (1841), de *Bade* (1845), de *Cobourg* (1850), de *Prusse* (1851), de *Saxe-Cobourg-Gotha* (1852), d'*Autriche* (1852), de *Toscane* (1853), de *Modène* (1855). » (Bonneville, *l. cit.*)

[2] Formulés par les comtes et barons au parlement de Mortom : *Omnes comites et barones unâ voce responderunt quod nolunt leges Anglix mutari.* »

[3] Gustave Rousset, *De la rédaction et de la codification rationnelles des lois*; Paris, 1858, p. 134 et suiv. — Mittermaier, *Das englische, schottische und nord-amerikanische Strafverfahren*; Erlangen, 1851.

Paris : « Si les Codes avaient le défaut de paraître des *traités* « et de tendre à tout systématiser et définir, il est impossible « de dissimuler les avantages de cet ensemble et de cet ordre, « ou si l'on veut, de cette *symétrie*; elle sert du moins à rendre « la loi plus compréhensible à toutes les intelligences, par « la meilleure harmonie de ses diverses parties, à impressionner les esprits, à vulgariser pour les masses la pensée du « législateur, à la rendre plus familière à ceux qui doivent lui « obéir; et quand ce serait là l'unique avantage de la codification, on devrait le prendre en grande considération[1]. »

II.

Le Portugal a été jusqu'en 1852 régi par les vieilles ordonnances *philippines*, publiées au commencement du XVIIe siècle et dont la partie criminelle reflète toute la dureté des codes d'Alphonse V et d'Emmanuel. Il était donc urgent d'y substituer de nouvelles dispositions appropriées à notre époque et à notre caractère; car, si, dans sa substance, la loi pénale doit être *une dérivation de la loi morale*[2], il faut que, dans son application à la société, qui chaque jour se modifie, elle soit essentiellement progressive et qu'elle se forme successivement de tous les éléments de la vie sociale[3].

Votre Majesté avait compris la nécessité d'une nouvelle codification, et le Code actuel du 10 décembre 1852 avait pour but d'y satisfaire. Toutefois, malgré la bonne volonté, l'intelligence et le zèle incontestables de ses auteurs, l'opinion immédiatement manifestée dans la presse, à la tribune, dans l'Université et dans le barreau, persista à se prononcer contre cette œuvre, réclamant une réforme qui pût élever notre Code criminel à toute la hauteur de la science pénale.

Votre Majesté a daigné condescendre à ces désirs, et, par décrets des 6 juin 1853 et 30 décembre 1857, elle a nommé

[1] Odilon Barrot, *Examen du droit pénal de M. Rossi*; Paris, 1856, p. 143 à 155.

[2] « La justice sociale n'est légitime que parce qu'elle est le reflet de la délégation de la justice de Dieu. » (Bonneville, *De la récidive*, tit. prél.)

[3] « La législation pénale doit être constamment en rapport avec le progrès des mœurs et de la civilisation. Napoléon le savait; aussi disait-il : « Notre œuvre n'est pas exempte d'imperfections. L'expérience les indiquera. Elle fera le reste. » (Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 28.)

une commission chargée de *reviser* ce Code, Code, hélas! plus malheureux que ceux de la France, dont Napoléon Ier, malgré le légitime orgueil que lui inspirait son œuvre, avait dit un jour : « Il faudra les refaire dans trente ans ! »

La commission, après avoir attentivement mesuré toute l'étendue de sa mission, a dû reconnaître, qu'en ce qui touche du moins la première partie de ce Code, elle ne pouvait s'empêcher de faire un travail entièrement nouveau. « *On ne donnerait à la France que des lois sans génie et sans puissance, si au lieu de les refondre, on voulait les lui raccommoder.* » Cette pensée d'un homme qui écrit avec la plume d'or d'un poëte et avec l'élévation des idées d'un penseur[1], est profondément vraie; et la commission de la Cour de cassation de Paris, nommée en 1846, pour examiner le projet de loi des prisons, a émis la même opinion presque dans les mêmes termes[2].

C'est le résultat de la première partie de ce travail que la commission a l'honneur de présenter aujourd'hui à Votre Majesté. Elle l'a fait précéder de quelques rapides considérations sur chacun des points les plus importants du projet.

Elle ne s'est pas dissimulé la difficulté de sa tâche. Elle sait que le droit pénal, ainsi que l'a dit Nicolini, est une science *liée à toutes les autres sciences et dont elle est tributaire :* à la morale, au droit de la nature et des gens, à la psychologie, à la politique, à l'économie sociale, aux mathématiques, à la physiologie et aux autres sciences naturelles; parce qu'à toutes elle emprunte quelques-uns des éléments qui forment les principes généraux de la criminalité et les règles d'application des peines[3].

La commission n'eut pu certainement parcourir soit le vaste champ de cette science, soit l'immensité des lois qui, avec

[1] Lerminier, *Philosophie du droit;* Paris, 1853.

[2] *Avis des cours sur le projet de loi cellulaire*, § 40. — « Sans nier l'efficacité relative de ces réformes partielles, il est permis de craindre qu'elles ne suffisent pas à conjurer le mal profond dont la société est atteinte, et que dès lors on ne soit tôt ou tard forcé, à l'exemple des autres nations de l'Europe, d'en venir à cette *réforme générale,* prévue par Napoléon lui-même, et dont il y a vingt et un ans M. le garde des sceaux reconnaissait déjà la *nécessité.* » (Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 33.)

[3] Niccolo Nicolini, *Principes philosophiques et pratiques du droit pénal, extraits et traduits par Eugène Flottard;* Paris, 1851, p. 61. — Ortolan, *Éléments du droit pénal,* p. 14 et suiv.

plus ou moins de bonheur, se sont efforcées de le féconder, si, dans une entreprise aussi ardue, elle n'eût été animée et soutenue par l'idée du bien du pays. L'imperfection de son travail aura du moins pour excuse sa difficulté même, si bien caractérisée par le savant napolitain, lorsqu'il appelle la science pénale « *un immense rameau du savoir humain!* »

III.

De la criminalité.

Ce qui intéresse tout d'abord en ouvrant un Code, c'est de connaître le principe qui lui sert de *base*, et d'où tout le système de codification va dériver [1].

La commission s'est inspirée d'un principe qu'elle tient pour seul vrai, et qu'elle s'est efforcée de suivre dans son naturel développement. Bien qu'elle n'ait nul besoin de l'exposer à l'avance, puisqu'il transpire et apparaît de lui-même dans tout son travail, elle croit devoir néanmoins l'indiquer en quelques mots.

On a presque toujours confondu le fondement ou *l'origine du droit de punir*, avec *la nature et le but des peines*, *simples moyens* employés pour l'exercice de ce droit. C'est cette confusion (d'ailleurs très-fréquente même chez des écrivains remarquables), qui a produit, sur ce point, une immense variété de systèmes [2].

La commission comprend que l'institution du gouvernement ayant pour but de maintenir et de conserver l'empire du droit, qui est la vie des sociétés, c'est un devoir pour lui de rétablir *l'état de droit*, troublé ou violé par l'individu.

Le crime est une des formes diverses que peut affecter ce trouble ou cette violation. Il attaque *l'état de droit* — par le dommage causé à la partie lésée ; — par l'alarme causée à la société ; — et par la destruction de l'harmonie même du violateur, comme membre du corps social.

[1] Alauzet, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire ;* Paris, 1852, p. 19.

[2] *Vide* Hepp, *Darstellung und Beurtheilung des deutschen Strafrechtssystem ;* Zweite Auflage, 2 Band, Heidelberg, 1843. — Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Gültigen peinlichen Rechts, herausgegeben von Mittermaier ;* Giessen, 1847, p. 31 et seq. — Bauer, *Abhandl. aus dem strafrechte*, t. I, p. 27. — Kœnigswarter, *loc. cit.;* etc.

Que si l'État a le devoir de maintenir et développer l'état de droit, il a conséquemment la faculté de le *rétablir* par tous moyens conformes à ce but (*pelo meios competentes*). Or, ces moyens sont, en ce qui touche le dommage causé à l'offensé : *la réparation civile;* et quant à l'alarme sociale et à la perturbation de l'harmonie du criminel : *les peines*[1]. L'État a donc *le droit* d'imposer ces peines, c'est-à-dire *le droit de punir!* et l'origine ou fondement de ce droit se trouve être ainsi *la fin même de l'état*, suivant la théorie d'un illustre publiciste allemand, déjà exposée et développée ailleurs, avec de légères modifications, par un des membres de cette commission[2].

La nature des peines est une tout autre question, mais qui se résout facilement dès qu'on s'attache *au but*, en vue duquel elles sont employées comme *moyen*.

S'il est vrai qu'elles doivent *réparer* l'alarme causée à la société et la perturbation de l'harmonie du criminel lui-même, il est évident que la réparation de cette perturbation ne pourra être obtenue que par l'amélioration (*melhoramento*) de l'individu; quant à la réparation de l'alarme, on n'y parviendra que par une intimidation rationnelle, résultant de la nature des moyens d'amélioration, lesquels, tout en ménageant la dignité personnelle de l'homme, puissent détourner les autres de la voie du crime[3].

Cette influence de la peine sur le criminel lui-même, qui préoccupe si vivement les philosophes modernes, a été admirablement saisie par Bossuet dans cette phrase : « *La peine est dans l'ordre, parce qu'elle ramène à l'ordre ceux qui s'en étaient dévoyés*[4].

[1] Cette théorie est expressément indiquée dans le célèbre Code pénal de Sardaigne. L'article 41 est ainsi conçu : « Avendo considerato che *l'oggetto* « *della pena* deve essere la *soddisfazione al privato* ed *al pubblico danno*, la « *correzione* del reo, figlio anch' esso della società et dello stato, della cui « *emenda* non può mai dispensarsi, la sicurezza nei rei dei più gravi ed « atroci delitti che non restino in libertà di commettere altri, e finalmente « *il pubblico esempio*, che il governo nella punizione dei delitti e nel servire « agli oggetti, ai quali questo unicamente è diretta, *è tenuto sempre avalersi* « *dei mezzi più efficaci* col minor male possibile al reo, etc. »

(*Note du traducteur.*)

[2] Rœder, *Zur Begründung der Besserungstheorie;* Heildelberg, 1847. — Levy M. Jordão, *Cours du droit pénal*, 1858, 1re leçon.

[3] « *Ut unius pœna metus sit multorum!* » (L. 1, Cod. *ad leg. Jul.*)

[4] Premier sermon pour le deuxième dimanche de l'Avent.

Mais il est une autre question qui, dans la série généalogique des idées, devrait peut être précéder celle-ci.

Les violations de droit, qui portent à autrui un dommage et par suite donnent lieu à la *réparation civile*, bien qu'elles causent toutes un certain degré d'alarme à la société, et qu'elles témoignent du caractère mauvais (*mâ indole*) de leur auteur, ne sont pas toutes assujetties *à la peine* [1]; les unes sont du domaine exclusif du *droit civil;* les autres appartiennent en même temps au domaine du *droit pénal*, et à, leur égard, la volonté humaine imite la loi d'expiation morale qui plane dans une région plus élevée [2].

Il y a donc lieu de déterminer les violations de droit qui doivent entrer dans la sphère du droit pénal, et celles qui doivent être réservées pour le droit civil; ou pour parler plus clairement, quelle est la ligne qui doit séparer la loi *civile* de la loi *criminelle?*

Il n'y a de punissables que les faits qui, indépendamment du dommage civil, causent à la société un dommage *moral* ou une alarme tels, qu'en vue de la conservation sociale, il devient indispensable de les réprimer au moyen *de peines;* la simple réparation du dommage civil étant ici insuffisante pour détruire l'alarme. Et comme la première condition de la responsabilité c'est *l'injustice* du fait commis, envisagé comme *violation de la loi morale*, il est clair que ce fait ne pourra entrer dans le domaine de la loi pénale, que si, outre son immoralité intrinsèque, il a causé un dommage ou produit une alarme, dont l'intérêt social exige la répression; d'où il suit que ces trois problèmes se réduisent en dernière analyse à cette solution [3] :

[1] « All crimes are indeed *sins* (de σινεῖν, *nocere*, *lædere*), but not all sins *crimes*. A *sin* may be in the thought or secret purpose of a man, of which neither a judge, nor a witness, nor any man can take notice; but a crime is such a *sin* as consist in an action against the law, of which action he can be accused, and tried by a judge, and be convinced or cleared by witness. Farther, that which is no *sin* in itself, but indifferent, may be made *sin* by a positive law » (Hobbs.) (*Note du traducteur.*)

[2] Savigny, *Traité du droit français*, t. I, p. 25.

[3] « Come la società è uno stato *necessario*, così per la conservazione di questa deve esistere una *necessità* di diritti corrispondenti, e l'ordine di ragione della società è la misura dei diritti stessi.

« La pena dunque trae il suo valor giuridico dalla necessità della conservazione comune; essa non è da qualificarsi espiazione, nè vendetta, nè mezzo di utilità, ma *difesa della sociale convivenza*. » (A. Panattoni, *la Temi di Firenze*, fasc., mars 1855. — *Id.* Romagnosi, *Genesi del diritto penale*.) (*Note du traducteur.*)

« Donner — pour base au droit de punir *la fin même de l'é-* « *tat*; — pour but aux peines, *la correction morale et l'intimi-* « *dation rationnelle*; — pour mesure à l'incrimination, *la* « *justice morale* combinée avec *l'intérêt social.* »

Bien que la commission n'ait pas à s'occuper ici des diverses théories qu'a suscitées la discussion de ces problèmes, et moins encore à faire l'historique des développements du droit pénal, néanmoins, pour rendre la pensée plus claire, elle doit ajouter quelques considérations.

IV.

Avant de s'élever jusqu'à l'idée abstraite de *peine publique*, les sociétés ont passé par l'état des *vengeances privées*; puis ensuite, par le *rachat* de cette vengeance à prix d'argent, elles en sont venues au système des *compositions*. C'est là une transformation du droit pénal qui se révèle dans toutes les législations primitives, parce qu'elle est une loi de la formation historique de ce droit même. Mais c'est seulement dans les Codes *barbares* que les compositions apparaissent avec une tendance plus grave et prédominante. On y voit la loi présenter une variété infinie de cas, de combinaisons, d'estimations, prévues et évaluées d'avance dans les tarifs criminels. Elle mesure, analyse et calcule le dommage; et emportée par cette idée même, elle semble oublier presque l'intention et l'imputation morales, pour ne se préoccuper que du *dommage matériel* [1].

Cette tendance qui, de siècle en siècle, s'est successivement transmise au droit allemand, aurait eu de funestes résultats; elle aurait complétement matérialisé le droit pénal, si, dans la fusion des races et des institutions romaines et germaniques, l'idée latine du dol intentionnel (*animus nocendi*) et l'idée canonique de *l'expiation* (*expiatio*), ne fussent venues s'ajouter à l'idée restrictive et fausse (en tant qu'exclusive), qu'avait admise le droit barbare.

De la fusion ou combinaison de ces trois principes, est née la véritable *théorie de la criminalité* [2], laquelle prend *l'inten-*

[1] V. *Code pénal du royaume de Bavière*, traduit et annoté par Vatel; Paris, 1852; préface, p. XIV.

[2] « Per *giudicare* e per *reprimere* i fatti delittuosi, e per *reparare al* « *danno privato e pubblico*, con castigo che serva all' *esempio altrui* ed « alla *emenda del delinquente*; non bisogna essere *Empirici* e servilmente

tion pour base fondamentale du délit, et le mal extérieur ou *dommage* matériel comme mesure de la peine.

Tel est le point culminant que le législateur ne doit jamais perdre de vue, et dans lequel se réunissent et s'harmonisent sans se confondre, le principe *objectif*[1] et le principe *subjectif*[2].

Lorsque la loi, méconnaissant cette harmonie, veut faire exclusivement prévaloir l'un de ces principes, les conséquences, ainsi qu'en témoigne l'histoire, sont aussi funestes à la classification des délits et à la gradation de la criminalité, qu'à l'application des peines; ainsi, veut-on faire abstraction du principe *objectif*, la *tentative*, le crime *manqué*, et l'exécution *consommée*, seront punis de la même peine, parce que *l'intention*, l'élément moral, le principe *subjectif*, est le même dans ces trois phases de la violation de la loi. Que si vous tenez compte à la fois de ces deux principes, la peine devra varier dans chacune de ces phases; car, tout en prenant l'intention pour base du délit, on graduera l'expiation suivant le mal causé, suivant le résultat produit.

La commission pourrait multiplier les exemples, si elle ne devait éviter les développements auxquelles la matière se prête, et qui ont été si bien exprimés par l'honorable bâtonnier de l'ordre des avocats de Versailles, M. Charles Vatel, dans la préface de sa traduction du célèbre Code de Fuerbach[3].

« *storici;* ma conviene tener conto dei fatti e delle dottrine sperimentate; « non bisogna esse materialmente *utilitarii*, ma non si può prescindere dal « bisogno e dall' interesse sociale; e non bisogna essere troppo *spiritualisti*, « benchè il calcolo morale delle azioni, e la moralità della giustizia nelle « sue origini e nel suo fine, siano condizioni necessarie tanto per legislatori « quanto per decidenti. — La Giustizia puramente *storica* e *dottrinale* sa- « rebbe un gretto meccanismo; la Giustizia fondata su calcoli *utilitarii* « sarebbe un materialismo versatile; e la Giustizia *spiritualistica* potrebbe « divenire sovente una idealità metafisica e pericolosa. » (L'av. G. Panattoni, *la Temi, giornale di legislazione e di giurisprudenza*, fasc. 47, apr. 1855.) (*Note du traducteur.*)

[1] *Objectif* (de *objicere, ob-jacere*). L'*objet* est la chose placée ou jetée devant l'œil. C'est le but à atteindre, c'est le point d'arrivée, c'est le *résultat*. (*Note du traducteur.*)

[2] *Subjectif* (de *subjicere, sub-jacere*), le *sujet*. C'est la force qui soulève, qui anime, qui entraîne vers un but; c'est le mobile impulsif (*spinta criminosa*), c'est l'agent, c'est le point de départ, c'est *l'intention*. (*Id.*)

[3] *Code pénal du royaume de Bavière*, traduit de l'allemand avec des explications, etc., par Ch. Vatel; Paris, 1852; préface. — *Vide etiam* Bertauld,

V.

La commission a pensé que le Code devait être précédé d'un titre *préliminaire* sur l'interprétation de la loi pénale, ainsi que sur son application et ses effets, en ce qui touche le *temps*, le *lieu*, les *personnes*.

Relativement au lieu et aux personnes, elle avait une première question à résoudre.

Le Code pénal est-il une loi *territoriale*, ou une loi *personnelle*, ou tout à la fois un loi territoriale et personnelle?

La loi pénale étant l'expression de la *souveraineté* qui la promulgue, doit exiger, sans distinction d'origine et de nationalité, tous les individus résidant sur le territoire soumis à son empire[1]. Aussi voit-on, depuis le XIIIe jusqu'au XVIe siècle, ce principe de la *territorialité* triompher de tous les obstacles opposés par l'organisation féodale, et partout supplanter la la règle du *statut personnel*, qui dominait alors la compétence, la juridiction et l'application du droit[2].

Mais la loi pénale doit-elle cependant conserver une nature jusqu'à un certain point personnelle, en ce sens qu'elle étendra son action sur les Portugais qui commettraient des crimes en pays *étranger;* et cela, non pour disputer aux lois étrangères la préférence d'application, mais uniquement pour assurer le châtiment de ces crimes contre le Portugais rentrant sur le sol de sa patrie?

La personnalité de la loi ainsi comprise, était généralement reconnue en France au XVIIe siècle, comme l'attestent Jousse[3] et Rousseau de Lacombe[4]; toutefois cette thèse ayant été soulevée à l'occasion de la discussion du Code d'instruction criminelle (où elle était déplacée), fut combattue (en 1808) par Treillard et Bérenger, et si, grâce à l'appui de Target, Berlier

Cours de droit pénal; Paris, 1854. — Du Boys, *Histoire du droit criminel*. Paris, 1845-1854. — V. Ortolan, *Éléments de droit pénal;* Paris, 1855, p. 17 et seq.

[1] Berthaud, p. 145 et suiv. — Trébutien, *Cours de droit criminel;* Paris. 1854, t. II, p. 126 et suiv.

[2] Jousse, *Justice criminelle*, p. 2, t. II, n° 36. — Faustin Hélie, *Instruction criminelle*, t. II, p. 498 et suiv. — Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 327 et suiv.

[3] *Loc. cit.*, n° 36.

[4] *Traité des matières criminelles*, p. 2, ch., 1, n° 34.

et Cambacérès, elle finit par résister à ces attaques, ce ne fut qu'en subissant des restrictions qui la dénaturèrent et qui plus tard se sont introduites dans notre Code.

Mais la question ayant été de nouveau soulevée dans le Corps législatif, à propos du projet de loi présenté le 18 février 1842, par M. Martin (du Nord), la *personnalité*, quoique combattue par MM. de Broglie, Franck-Carré et Rossi, fut énergiquement défendue par MM. Laplagne-Barris, Mérilhou et Portalis, et elle finit par triompher à la suite de cette solennelle discussion[1].

La commission a admis ce principe de la personnalité, déjà consacré du reste par le décret du 14 mai 1813, qui promolgua le Code de Bavière (art. 30), par le Code d'Oldenbourg (art. 511), par celui de Saxe (art. 2), de Saxe-Weimar (art. 2), de Saxe-Oldenbourg (art. 3), etc.[2].

La loi portugaise qui sanctionne les devoirs des citoyens, sera donc *territoriale*, en ce sens qu'elle étendra son empire sur *tous* les individus vivant sur son territoire; mais elle n'en sera pas moins *personnelle*, en ce sens qu'elle punira les crimes commis par les Portugais en pays *étranger*, toutes les fois que ces crimes n'y auront pas été réprimés. Le projet diffère donc complétement sur ce point de la théorie de notre Code actuel.

VI.

Le chapitre 3 expose dans un seul article tout le système du projet, quant aux diverses espèces d'infractions à la loi pénale. Il repousse la division *tripartite* (*crimes*, *délits* et *contraventions*), suivie par les Codes de France, de Bavière, d'Oldenbourg, etc., et si justement critiquée[3] par Mittermaier, Rossi, Bauer, Caus et tant d'autres. La commission adopte la

[1] Analysée par le criminaliste Rauter, dans le *Journal critique*, t. XV, p. 1 et suiv. — Le projet fut rejeté à cause d'autres dispositions qui, ne pouvant être approuvées, devinrent ainsi un obstacle à la consécration législative du principe de la *personnalité*.

[2] Fœlix, *Traité du droit international privé*, 2e édit.; Paris, 1858, nos 510-543. — M. Villefort, *Des crimes et des délits commis à l'étranger, et de la nécessité d'une réforme à ce sujet dans la législation française;* Paris, 1855.

[3] V. notre Commentaire sur l'article 9 du Code ci-après, et l'Appendice où nous protestons énergiquement contre ces critiques, v° *Division des infractions*.

division des infractions en deux grandes classes : *crimes*[1] et *contraventions*, parce qu'elle dérive de la nature *intime* (*da naturezа intima*) de ces mêmes infractions, et non, comme la précédente, *des peines* qui leur correspondent[2].

Les deux premiers livres du projet sont consacrés aux crimes considérés au point de vue *général* et *spécial*, et le troisième aux contraventions.

Le chapitre 4 proclame le principe de la *solidarité défensive* de la société, ou du *concours civique*, lequel impose à tous les citoyens le *devoir* de coopérer avec l'État, à la prévention, à la découverte et à la poursuite des crimes.

Ce principe, qui est de tous les temps et de tous les lieux, parce qu'il est de *droit naturel*, est surabondamment justifié par Bonneville[3], qui reconnaît la nécessité de sa consécration dans la loi pénale. Et, en vérité, sans prétendre réduire le citoyen au rôle d'espion (*espião*), on lui impose une obligation dérivant du principe général du *devoir*, lequel est aux êtres moraux ce qu'est l'attraction pour les êtres *physiques*. De même, en effet, que l'attraction exprime l'unité et l'enchaînement dans la variété des existences physiques, le devoir rattache, par des liens communs, tous les hommes à un même principe, comme molécules intégrantes, comme membres d'un tout supérieur; afin que, travaillant *tous* en vue de la domination du même principe absolu de l'ordre, ils puissent enfin établir l'*empire du bien*, conséquence de ce principe et fin dernière de l'individu comme de la société.

La sanction des obligations consacrées par ce chapitre est dans l'incrimination d'*adhérence* (*adherencia*), comme troisième degré de participation dans les crimes.

La première partie du livre Ier est consacrée à l'exposition des principes généraux de la criminalité. On y formule la dé-

[1] *Crime* (du grec κρίμα, *prò judicio*, et lat. *crimen, quia ob crimen aliquis judicatus et damnatur*). (*Note du traducteur.*)

[2] *Théorie du Code pénal*, par A. Chauveau et F. Hélie, édit. augm. en Belgique par Nypels; Bruxelles, 1845, t. I, p. 11. — Rossi, *Droit pénal*, introd., c. 2, t. II. — Taillandier, *Réflexions sur les lois pénales de France et d'Angleterre*, p. 44 et suiv.

[3] A. Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle, en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*; Paris, Cotillon, 1855; chap. *Du concours civique ou de la solidarité défensive de la société*, p. 55 et suiv.

définition du crime et de ses éléments essentiels, dont l'ensemble (*complexo*) constitue la criminalité. On y rappelle expressément l'*unité* et l'*indivisibilité* de cet ensemble.

Après avoir ainsi considéré la criminalité d'une manière abstraite, il était nécessaire de la déterminer dans ses rapports avec *le fait matériel* et avec l'*agent*.

En ce qui touche LE FAIT, il tombe sous le sens que, depuis la simple pensée du crime jusqu'à sa résolution déterminée, depuis les diverses phases psychologiques que traverse cette pensée jusqu'à sa manifestation par des actes extérieurs, la loi pénale n'a aucune action sur l'individu; et qu'alors même que la résolution se serait manifestée par des actes extérieurs, pouvu que ces actes aient été simplement préparatoires de l'exécution, cette résolution échappe encore à la loi pénale, à moins que, par elle-même, elle ne constitue un crime spécial.

La violation punissable ne commence qu'avec l'exécution, laquelle peut offrir des degrés différents de criminalité, selon qu'elle a été *commencée* (*começada*), *manquée* (*frustrada*), ou *consommée* (*consummada*).

En ce qui touche l'AGENT, la criminalité dérive de l'*imputabilité* et de la *culpabilité*. Il a été indispensable de bien faire ressortir la différence qui existe entre ces deux conditions trop souvent confondues.

La condition de l'imputabilité est dans l'activité *consciente* et *libre* de l'individu qui transgresse la loi. Mais aucun fait imputable n'emporte criminalité, à moins que l'élément *subjectif* ne révèle la nature de l'*intention* ou et *la faute*, ces deux uniques sources de la culpabilité.

Du reste, nous avons défini l'intention et la faute, et nous avons montré leur influence sur la *responsabilité*, relativement au résultat ainsi qu'aux conséquences du fait produit; enfin nous avons établi les règles de cette responsabilité dans le cas de *concours de l'intention et de la faute*.

Après avoir envisagé la criminalité dans l'hypothèse d'un seul crime, la commission l'a considérée dans le cas de pluralité de crimes et d'agents.

La *pluralité des crimes*, objet du chapitre 4, se révèle dans *le cumul* ou *concours*, dans *la récidive* et dans *la connexion* (*connexão*); elle peut produire des effets spéciaux, quant à la

procédure, et elle tend, en règle générale, à aggraver la criminalité.

Dans l'*accumulation de crimes*, nous avons précisé la notable différence qui existe entre le concours réel (*real*) et le concours idéal (*ideal*), ainsi que le degré différent de criminalité qui en résulte.

Dans la *récidive*, nous n'avons pas adopté comme élément la nécessité de l'accomplissement de la peine[1], et du reste nous avons résolu par l'affirmative une grave question qui, même encore aujourd'hui, divise en France les criminalistes, à savoir : si une condamnation antérieure, prononcée en pays *étranger*, peut être élément constitutif de la récidive?

La *pluralité des agents*, à laquelle est consacré le chapitre V, est une conséquence de la *participation* de plusieurs individus dans le même crime. Mais cette participation pouvant être *principale* ou *secondaire*, la criminalité des agents dans le premier cas (*les auteurs*) est très-différente de la culpabilité des agents dans le second (*les complices*).

La commission a posé les principes généraux qui déterminent ces deux genres de participation, dans trois hypothèses : participation simplement *morale*, simplement *matérielle*, ou *morale* et *matérielle* à la fois. Ces principes étant d'une certaine importance pour l'application des peines, nous avons dû, en ce point, rejeter la théorie du Code français, qui place ces hypothèses sur la même ligne.

De même, nous n'avons pu suivre l'exemple des Codes qui considèrent, comme *complicité*, les actes *postérieurs* au délit, actes qui ne peuvent rentrer dans cette catégorie, à moins, qu'en vertu d'une promesse ou combinaison *antérieure*, ils ne se rattachent moralement au fait criminel.

Ce sont là du reste des idées qui ne sont plus contestées dans la science.

Il est cependant des faits qui, bien que *postérieurs* sans doute, ne laissent pas d'être criminels par leur immoralité intrinsèque et par l'alarme qu'ils causent à la société. Ces faits constitueront, sous le nom d'*adhérence* (*adherencia*), un troisième degré de participation. La criminalité des agents de cette sorte de participation dérive de la violation du principe de *solidarité*

[1] Bonneville, *Traité de la récidive*, t. I, p. 173.

défensive de la société, posé dans le chapitre IV du titre préliminaire. Elle est frappée d'une peine moindre que celle des complices, comme on le verra dans la section 3 du chapitre III de la seconde partie.

Toutefois les *adhérents* dans le projet ne sont pas les *fauteurs* (*fautores*) des Codes allemands et espagnols. Ces Codes, tout en reconnaissant la nécessité d'incriminer quelques faits de participation postérieure, se sont peut-être préoccupés outre-mesure de l'idée restreinte de recel (*receptacão*), et ils n'ont réellement pas atteint tous les faits de participation postérieure, qui devaient être punis. Au surplus, et même en admettant cette idée restreinte, l'expression *fauteurs*[1] qu'ils ont employée est défectueuse, en ce que, dans certains cas, elle ne comprend pas tout ce qu'elle semble définir, et dans d'autres, elle va beaucoup au delà. Le mot *adhérence*[2] comprend tous les cas de participation *postérieure*, et il exprime parfaitement la violation du principe de *solidarité défensive*[3].

VII.

§ 1. Les règles générales de la criminalité ainsi établies, nous arrivons au chapitre 6 spécialement affecté aux circonstances *aggravantes* et *atténuantes*, lesquelles sont classées en sept catégories différentes, suivant la source d'où elles découlent. Cette classification, dont la législation romaine avait déjà reconnu la nécessité, et sur laquelle ont porté les récents

[1] En latin, *fautor* (de *favere*, favoriser), qui favorise, qui appuie un parti, une opinion, un projet. Elle est généralement appliquée à ceux qui prêtent leur coopération matérielle ou morale à l'exécution d'un fait; elle semble donc n'embrasser que les actes qui précèdent ou accompagnent l'exécution; elle a, dans tous les cas, un sens vague et indéterminé qui convient peu au langage précis du droit criminel. (*Note du traducteur.*)

[2] Au contraire, le mot *adhérence* (du latin, *adhærere*, adhérer, *adhæsio*, adhésion), ne peut s'entendre que d'un appui donné après l'exécution commencée, d'une sorte de protection accordée au fait criminel ou à son auteur. Elle est certainement plus juste et parfaitement appropriée à l'idée qu'elle doit exprimer. (*Note du traducteur.*)

[3] « La sécurité publique ne peut résulter que du concours de tous pour assurer les droits de chacun. » (Art. 4, constitution française de l'an III. — Celui qui, en présence ou à la suite d'un méfait, s'abstient d'intervenir et de prêter aide à l'autorité, viole son plus saint devoir envers la société. Il mérite d'être assimilé au complice moral.) (Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 60.)

travaux du professeur français Tissot[1], est d'une grande importance. Elle éclaire l'application de la peine, principalement au cas de concours des circonstances *aggravantes* et *atténuantes*. Elles ne peuvent, en effet, s'entre-détruire ou se compenser, qu'autant qu'elles proviennent de la même source; et l'expérience prouve que ce principe est journellement violé. La section 4 a pour objet d'obvier à cet inconvénient.

On nous permettra de rappeler ici que le système des circonstances aggravantes et atténuantes repose sur ce grand principe de justice, qui veut que, les éléments de la criminalité *s'aggravant* ou *s'atténuant*, la peine soit nécessairement aggravée ou atténuée[2]; et que dès lors ce système doit être motivé, non comme en France, par une raison de *convenance* ou de *nécessité*[3], mais par une *idée philosophique*.

§ 2. Après les circonstances qui aggravent ou atténuent la criminalité, il en est d'autres qui *l'excluent*, soit par l'absence d'une complète intelligence ou d'une complète liberté, deux éléments indispensables de l'imputabilité; soit par l'absence de culpabilité.

Les causes qui font disparaître l'imputabilité, la culpabilité et la responsabilité pénales, sont essentiellement distinctes. Une action peut être imputable et non coupable; de même peut-elle être imputable et coupable, sans engendrer la responsabilité pénale. Il est donc nécessaire de traiter séparément de ces circonstances, auxquelles la loi confère une influence si considérable sur les actions humaines.

[1] *Des circonstances tant aggravantes qu'atténuantes proprement dites*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence;* Paris, 1858, t. XIII, p. 305 et 315.

[2] Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 579 et suiv. « Après avoir pesé le délit, le juge pèse l'homme; et suivant le poids combiné de ces deux éléments capitaux d'appréciation, il élève ou abaisse la peine. » (Bonneville, *De la récidive*, Considérat. prélimin., p. 1.) — « Pour que la peine soit *suffisante*, il faut qu'elle soit proportionnée et à la gravité du délit en lui-même et au degré de culpabilité du délinquant.....; de là deux grandes idées, en quelque sorte parallèles, qui doivent dominer toute théorie des lois pénales chez une nation éclairée et libre, à savoir : *l'indulgence* et la *rigueur;* l'indulgence pour l'égarement et le repentir; la rigueur pour la malice et l'endurcissement. » (Bonneville, *ib.*, p. 12.)

[3] Collard, *Du système des circonstances atténuantes, depuis son origine, spécialement dans le Code de 1832, et des modifications qu'il exige;* Paris, 1830. — V. de Gaujal, *Étude sur l'état actuel de la répression pénale en France;* Paris, 1859.

L'imputabilité, avons-nous dit, peut ne pas exister, faute de suffisante intelligence ou discernement, ou faute de liberté.

La première cause qui fait disparaître l'élément principal de *l'activité consciente* est l'affection mentale, congéniale ou acquise, laquelle, en paralysant le libre exercice des facultés de l'âme, détruit la conscience de l'action. Le projet n'entre pas dans l'énumération des diverses affections ou altérations, sur la dénomination desquelles la médecine légale elle-même n'a pas encore de système définitif [1],

Il se borne, à cet égard, à exempter de l'imputabilité l'individu, qui, *au moment de l'exécution du crime*, était, par suite *d'une affection mentale d'une nature quelconque*, privé du libre exercice de ses facultés. La *monomanie* seule exigeait une mention spéciale ; car il était nécessaire de faire sentir que le législateur n'entendait considérer comme *non imputables*, que les faits qui seraient la conséquence de cette variété d'affection. La commission, du reste, n'ignore pas combien cette matière a occupé les criminalistes et les médecins ; et dans les principes qu'elle a adoptés elle s'en est tenue à la doctrine la plus accréditée parmi les maîtres de la science [2].

Il est entendu que les individus qui profiteront de l'excuse de l'aliénation mentale, devront, si la sécurité publique l'exige, être recueillis dans un hôpital d'aliénés. A cet effet, la commission pense qu'il est indispensable d'organiser, dans l'hôpital commun, consacré à cette espèce d'infirmité, un quartier spécial pour les aliénés, *qui auraient commis des faits criminels*.

En présence de l'énormité de certains crimes, de la puérilité de leurs motifs, des circonstances dans lesquelles ils ont été commis, et du caractère de leurs auteurs, il y a déjà longtemps que les législateurs anglais ont pensé que si ces indivi-

[1] Haus, *Observations sur le projet de révision*, t. I, p. 208. — Henke, *Zeitschrift für die Strafarzneikunde*, t. XIII, p. 191.

[2] Victor Mollnier, *De la monomanie, envisagée sous le rapport de l'application de la loi pénale* (*Revue de législation et de jurisprudence* de 1853, p. 253-276). — Mittermaier, *De principio imputationis alienationum mentis in jure criminali rectè constituendo;* Heidelberg, 1828. — Georget, *Observations médico-légales sur la Folie;* Paris, 1826. — Hoffbauer, *Médecine légale relative aux aliénés;* Paris, 1827. — Devergie, *Médecine légale théorique et pratique;* Paris, 1852. — Henke, *Lehrbuch der gerichtlichen Medicin*, 1841.

dus, n'étant pas dans le plein exercice de leurs facultés, ne peuvent être punis, ils doivent néanmoins être enfermés, dans un quartier spécial d'aliénés, sous le nom d'*aliénés criminels*. Ce principe est désormais admis en Angleterre. Depuis peu, un nouvel asile de cette espèce a été fondé à *Dendrum* près de *Dublin;* et le parlement lui-même a eu à s'occuper d'un bill sur cette matière.

En France, il y a treize ans que Brière de Boismont a exposé, dans les *Annales d'hygiène et de médecine légale*[1], les raisons qui militent en faveur d'un établissement spécial pour les *aliénés criminels*, idée sur laquelle il a insisté de nouveau dans un journal juridique, *le Droit*, du 22 janvier 1853, et dans plusieurs numéros de 1857.

Mais, ce n'est pas seulement l'affection mentale proprement dite qui peut exempter de l'imputabilité; une perturbation quelconque des facultés et des sens, qui, au moment du crime, prive l'homme du libre exercice de ses facultés, produit le même effet. La commission, en établissant ce principe général, a voulu y comprendre toutes les espèces possibles : le *somnambulisme, l'ivresse*, etc.; et sur ce dernier point, elle n'hésite pas à déclarer qu'elle n'a attaché aucune importance aux questions d'ivresse *habituelle* ou *non habituelle;* parce que toutes se réduisent à l'unique point de savoir : *si l'agent avait ou non le libre exercice de ses facultés?* Si l'ivresse peut produire de funestes résultats, on doit l'incriminer comme une infraction *sui generis;* mais ne pas aller jusqu'à rendre l'individu ivre responsable de faits qui ne peuvent en aucune façon lui être imputés, à moins qu'il ne se fût *volontairement* mis dans cet état pour commettre le crime.

§ 3. Toutefois *l'idée* exerce une grande influence sur *l'imputabilité* et la *culpabilité*, suivant les diverses périodes du développement moral de l'homme. Jusqu'à ce que les idées générales et abstraites du *juste* et du *bien* soient acquises, il est une période dans laquelle l'absence d'un plein développement psychologique donne la certitude que l'action n'a pas été commise avec discernement, soit parce que l'homme ignore entièrement la moralité des actions humaines, soit parce qu'il ne l'entrevoit encore que confusément et comme à travers

[1] T. XXXV, p. 396.

l'obscurité nébuleuse du premier cercle du Dante ; il en est une autre, où la question de discernement reste à l'état de *doute ;* une autre dans laquelle le discernement n'est plus *douteux*, mais la culpabilité *atténuable;* une autre enfin, dans laquelle la culpabilité est pleine et complète.

La première période, nous l'avons fixée à 9 ans; la seconde de 9 à 14, la troisième de 14 à 21 ans, et la quatrième à partir de 21 ans et au-dessus.

Dans la première, nous exemptons *toujours* l'agent de toute imputabilité; nous l'exemptons dans la seconde, *s'il n'y a pas preuve d'un discernement suffisant;* nous admettons dans la troisième l'imputabilité, mais à un degré moins élevé que dans la quatrième où l'intelligence est pleine et complète[1].

L'excuse est pondérée de même pour les mineurs qui, dans la seconde période, auraient opéré avec discernement. Le projet, d'accord avec les idées de l'époque, établit un moyen de correction absolument distinct de la pénalité commune, moyen dont nous aurons bientôt à nous occuper.

§ 4. Le projet signale ensuite les causes qui, en détruisant la liberté, font disparaître l'imputabilité. Nous ne voulons, ni sur ces causes, ni sur celles qui exemptent de culpabilité et de responsabilité, arrêter l'attention de Votre Majesté, nous référant, à cet égard, aux détails consignés dans les articles du projet.

§ 5. La commission n'ignore pas qu'ayant suivi dans l'exposition et le développement des principes généraux de son œuvre, l'exemple de la plupart des Codes allemands, on l'accusera d'être trop *doctrinale* (*doutrinal*), et qu'elle encourra la censure de quelques criminalistes distingués, comme *Nypels* et autres[2]; mais elle persiste à penser avec *Boeresco*[3], qu'elle

[1] *Théorie du Code pénal*, de Chauveau et Hélie, édit. de Nypels, t. I, p. 221 et suiv. — Nicolini, *loc. cit.*, p. 172 et suiv. — Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, lib. II, c. 91, § 1. — J. Kitka, *Uber die zurechnungs fæhigkeit jugendlicher personen auf dem Gebiete des criminalrechts. Archiv. des criminalr.* de 1834, p. 117 et suiv. — Ortolan, *loc. cit.*, etc.

[2] *Projet d'un Code pénal pour le royaume de Prusse, et d'une loi qui déclare ce Code applicable à la Prusse rhénane*, art. de Fœlix, dans la *Revue de droit français et étranger*, de 1844, p. 43-71. — *Du nouveau projet de Code pour les états prussiens*, art. de Nypels dans la même *Revue*, p. 81-109.

[3] *Traité comparatif des délits et des peines au point de vue philosophique et juridique;* Paris, 1857, p. 91.

n'a pas dû abandonner ce système. Les principes généraux sur la criminalité peuvent donner lieu à une telle variété de théories, plus ou moins *sévères*, plus ou moins *douces*, qu'il serait périlleux de les abandonner entièrement à *l'arbitraire* de celui qui doit les appliquer, alors que de leur fixation (*fixação*) peut souvent dépendre la liberté ou la vie des accusés. Elle croit donc que la consécration expresse de ces principes dans un Code, n'est nullement un luxe de science, mais une garantie pour les citoyens, une règle pour guider le juge dans l'exposition qu'il devra faire au jury; afin que celui-ci, étant profondément pénétré des vrais principes du droit criminel, puisse, conformément aux idées dominantes dans le Code, prononcer un juste *verdict* (*veredictum*).

Si nous ne jouissions pas de *l'institution du jury* qui décide suivant sa seule conscience; si l'appréciation morale du fait devait dépendre uniquement du juge, comme cela a lieu en Allemagne [1]; les règles générales, formulées dans le projet, auraient pu avoir pour résultat les inconvénients que signale Nypels; mais ils ne peuvent résulter d'un projet destiné à un pays dans lequel l'institution du jury est en pleine vigueur.

[1] Plusieurs des états de l'Allemagne jouissant du bienfait de cette institution, notamment la partie Rhénane de la Prusse, de la Bavière et du duché de Hesse; le Hanovre, le grand duché de Hesse, le royaume de Wurtemberg, le duché de Brunswick, etc. (*Note du traducteur.*)

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

RAPPORT SUR LE LIVRE DE M. LE CONSEILLER RENOUARD.

SUR DROIT INDUSTRIEL,

LU A L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES, A LA SÉANCE DU 30 JUIN 1860,

PAR M. F. LAFERRIÈRE, de l'Institut.

M. Renouard, conseiller à la Cour de cassation, a présenté à l'Académie, sous le titre *Du droit industriel, dans ses rapports avec les principes du Droit civil sur les personnes et sur les choses*, un traité où domine le droit philosophique [1]. Je suis chargé d'en rendre compte, et j'ai besoin de toute l'indulgence de l'Académie.

Le but général de l'auteur, comme il l'indique lui-même, a été « d'interroger et d'exposer les principes fondamentaux du « droit, à l'effet de montrer par quels liens il se rattache, dans « l'universalité de ses applications, à la nature de l'homme et à « l'essence des choses. » — Le but spécial, pour lequel le livre a été surtout composé, est de rechercher les rapports du droit industriel avec les principes fondamentaux; et, si le plan embrasse un ensemble de notions et de divisions sur les personnes, les choses, les obligations, c'est en vue du droit industriel lui-même, pour le faire entrer et pour marquer sa place dans le domaine de la science philosophique et juridique : la distribution méthodique des matières rend manifeste cette pensée du livre :

Première partie : *Du droit industriel*, dans ses *rapports* avec la législation générale (y compris le droit naturel et l'économie politique);

Deuxième partie : *Du droit industriel*, dans ses *rapports* avec le droit sur les personnes;

Troisième et quatrième parties : *Du droit industriel*, dans ses

[1] 1 vol. in-8°, chez M. Guillaumin, éditeur.

rapports avec le domaine humain, et du domaine dans ses *rapports* avec les personnes, individuelles ou collectives.

Une publication ultérieure, annoncée dans la préface, aura pour objet les rapports du droit industriel avec les conventions et avec les lois de police.

Cette division principale de l'ouvrage, qui se subdivise en livres, titres et chapitres, rappelle un peu la manière de Montesquieu dans le plan de l'*Esprit des lois*, où tout est ramené à l'examen des rapports existants entre les principes des choses et les formes d'organisation, entre les causes physiques et morales et les lois ou les destinées des peuples : l'esprit de l'homme ne peut rien créer dans ce monde, mais découvrir et mettre en lumière ou en action des rapports obscurs ou jusqu'alors inconnus. Trouver la loi des rapports ou, en d'autres termes, manifester ceux qui dérivent de la nature des choses, est toute l'œuvre de l'intelligence humaine. C'est donc à une pensée vraiment philosophique qu'a obéi M. Renouard, comme jurisconsulte et économiste, en recherchant les rapports du droit industriel avec les principes et les diverses branches de la science juridique.

Le droit industriel fait pour la première fois son apparition dans la science sous son nom propre. Jusqu'à présent, on n'avait parlé que de *législation industrielle* : c'est une tout autre expression. La législation industrielle implique les lois positives, les règlements destinés à telle ou telle branche de l'industrie. L'histoire en serait longue depuis les corporations du Bas-Empire jusqu'aux règlements de Philippe-Auguste et de saint Louis, ou depuis les ordonnances d'Estienne Boileau jusqu'à l'édit de Turgot et à nos lois de police sur les diverses branches de l'industrie manufacturière[1] ; mais la législation et le droit sont deux notions distinctes ; et si la législation comporte surtout l'idée des règles positives, mobiles, *arbitraires* (dans le sens que Domat donne à ce mot), le droit, comme objet d'étude, comprend le principe rationnel, immuable qui soutient les dispositions légales et les coordonne dans un ensemble de notions scientifiques. C'est donc encore avec une juste précision de

[1] Le tableau général en est compris très-heureusement dans le cadre de l'*Histoire des classes ouvrières* de M. Levasseur, couronnée par l'Académie des sciences morales et politiques (2 vol. in-8°, 1859).

langage que l'auteur, voulant introduire dans la science la législation industrielle, formée de tant d'éléments divers et quelquefois contradictoires, a employé le terme de *Droit industriel*; par ce titre il indiquait de suite le but élevé de ses recherches; et, comme il le dit, en donnant à cette observation l'autorité d'une longue expérience dans la magistrature : « les solutions « particulières ne perdent pas aux développements théoriques « autant qu'on pourrait le croire; elles s'offrent d'elles-mêmes « à l'esprit quand les principes ont été fermement posés à toute « leur hauteur. »

Esprit spéculatif, mais dirigé par la méthode expérimentale et les habitudes de la vie pratique, M. Renouard prend son point de départ dans l'état actuel de la société : « Nous vivons, « dit-il, dans un temps d'industrie et d'affaires, et l'on se plaint « que les intérêts matériels dominent et étouffent les intérêts « moraux. » A cette plainte il répond qu'à toutes les époques l'immense majorité a cherché un profit de *bien-être personnel* dans l'exploitation des idées dominantes, pendant le moyen âge ou les temps modernes, pendant la guerre ou la paix. Mais cette action de la force des choses et du nombre n'empêche pas les intérêts moraux d'établir et de conserver la juste primauté de leur rang. Leur condition est de combattre et de demeurer vainqueurs. L'industrie a deux faces : en multipliant les appâts offerts aux intérêts matériels elle expose, sans doute, la moralité humaine, mais elle élargit la sphère de notre activité. La tâche particulière de notre temps est de trouver en elle un instrument de noblesse et de grandeur. Que l'industrie donc, prise dans l'acception la plus large comme représentant toutes les ressources et toutes les applications du travail, soit favorisée et même glorifiée, mais qu'il soit bien reconnu qu'il n'est ni sage ni permis de rabaisser l'esprit pour exalter la matière : « Le droit (dit très-bien l'auteur) est éminemment propre à « cette œuvre, car il touche à la vie matérielle par ses applica- « tions, à la vie morale par ses principes. »

En 1838, M. Rossi établissait dans cette enceinte, pour la première fois, le rapport de l'économie politique avec le droit civil; dernièrement, un professeur du collége de France offrait à l'Académie des leçons substantielles sur les rapports de l'économie politique avec la morale : le livre de M. Renouard est l'expression mûrement réfléchie des rapports du travail avec

l'économie politique, la morale et le droit. C'est ainsi qu'à notre époque de nouveaux rapports s'établissent entre les diverses branches des sciences morales, et notamment entre le droit et les développements de l'activité humaine. Il faut s'en applaudir, car le droit français codifié sous l'influence du droit romain et du christianisme, contient le principe spiritualiste et moral; et plus de nouveaux rapports s'établiront, plus s'étendra l'empire du juste et du bien, dont le droit est la féconde manifestation.

I.

Dans la *première partie* de son ouvrage, M. Renouard s'occupe avant tout des liens du droit industriel avec le droit naturel.

Il se sépare avec force et de ces esprits serviles qui, niant le droit naturel, se courbent avec le même respect devant toutes les lois positives, et de ces esprits superbes ou chimériques qui, ne tenant aucun compte des éléments divers de la loi positive, s'élèvent avec dédain au-dessus d'elle et n'invoquent que le droit de la nature. Il reconnaît le véritable objet des études de droit naturel placé en face des lois écrites : « C'est d'interroger le droit positif, d'en discuter la légitimité, d'en contrôler les bases, de discerner le vrai du faux, l'utile du nuisible, le permanent du variable, le nécessaire du contingent, de dégager les principes des circonstances accidentelles, et de préparer ainsi l'amélioration ou la transformation de la loi » : — c'est-à-dire qu'en parlant des études bien dirigées du droit naturel, l'auteur caractérise en même temps la véritable mission de la philosophie du droit, qui s'unit et s'incorpore au droit positif pour le rapprocher progressivement de l'idéal de justice et d'équité. L'obéissance aux lois positives, selon son expression, est la sauvegarde des sociétés [1]; mais la justice naturelle a aussi ses droits, et elle est secondée, dans les régions de la théorie, par la vraie science qui éclaire et guide la pratique, sans mépriser les faits.

Par quels rapports le droit industriel peut-il se rattacher au droit naturel? Par ses liens avec la destinée morale de l'homme, avec la liberté, avec la propriété, fondements de l'ordre social. La formule philosophique de l'auteur est celle-ci : « Le droit

[1] *Droit industriel*, p. 12.

« industriel se rattache au droit naturel en s'appuyant sur les « conditions permanentes qui régissent la nature de l'homme, « *sujet* du travail, et la nature des choses, *objet* du travail. »

Et alors s'ouvre devant lui et se développe dans les quatre parties de son livre un vaste ensemble de méditations éclairées par la philosophie, le droit, l'histoire et l'économie politique; sur l'homme et la société; sur le travail et ses conditions successives dans l'état d'esclavage, de privilége, de tutelle, de liberté; sur la propriété, ses principes fondamentaux et ses différents caractères; sur les droits de l'individu, combinés avec ceux de la famille et de la patrie; sur les personnes individuelles et les êtres collectifs par rapport au domaine ou à l'*appropriation*, et enfin sur la distinction entre les choses corporelles qui forment dans le domaine humain le *domaine matériel*, et les productions de l'esprit ou des arts, qui entrent aussi dans le mouvement de la richesse publique et privée, mais qui constituent, dans des conditions toutes différentes, la portion conquise par le travail sur le *domaine immatériel*.

Je ne puis entreprendre de suivre ici l'auteur dans toute l'étendue de cette carrière où les vues, exposées par lui déjà dans d'autres ouvrages, se trouvent rapprochées d'aspects nouveaux pour la philosophie du droit : mais je voudrais déterminer avec lui certains rapports et fixer quelques résultats propres à caractériser l'esprit de son traité.

Ce qui manque aujourd'hui à notre législation industrielle, ce n'est pas seulement l'unité extérieure qui naîtrait de sa résolution dans un Code; c'est l'unité de principes, c'est la foi du législateur en un système harmonique et fondé solidement sur la raison et l'expérience, sur la liberté et la justice unies à l'utilité sociale.

Le droit industriel ne pourra prendre rang dans la science qu'en acquérant son individualité propre; mais cette individualité suppose, d'abord, des principes généraux et communs aux diverses branches du droit : « Le droit est *un* (dit l'auteur avec « justesse); il prend l'homme tout entier; » et l'unité du droit ne perd rien dans ses divisions nécessaires en droit civil, criminel, commercial, administratif. Les classifications sont déterminées, dans le cours du progrès social, par la nécessité de spécialiser des objets d'utilité publique. L'important, c'est que

les diversités ne soient pas des contradictions et que le législateur respecte l'ordre de lois dans lequel il est placé. Le droit civil s'est détaché du droit naturel ou des gens, le droit commercial s'est distingué du droit civil, le droit administratif du droit public politique, comme des branches qui en se développant ont leurs ramifications, mais qui vivent sur la tige commune. Il doit en être de même du droit industriel; il se détachera du droit naturel, du droit civil, du droit commercial, même du droit administratif, à la condition toutefois de ne pas se séparer de la souche primitive et en vivant de la séve communiquée à toutes les branches du droit.

Dans les rapports du droit industriel avec le *droit des personnes*, le premier objet qui se présente, c'est la liberté.

Le droit des personnes est fondé sur la liberté dans l'ordre naturel : que d'obstacles, cependant, la loi historique, la loi des réalités n'a-t-elle pas opposés à ce droit, comme général et absolu? De même « le droit industriel est destiné à la liberté, » dit l'auteur[1]; mais avant d'y arriver, il a dû passer par trois phases : l'esclavage, le privilége, la tutelle. Notre ancien régime industriel était un mélange de privilége et de tutelle; notre régime actuel est un mélange de tutelle et de liberté. Le principe en a été posé par l'Assemblée constituante dans le décret du 2 mars 1791, qui, en déclarant l'industrie libre, a soumis cette liberté aux règlements de la police ou de l'État[2]. Cette intervention de l'État constitue une sorte de *tutelle publique*. L'auteur, très-favorable à la liberté de l'industrie, craint qu'on n'abuse de l'expression et qu'on ne confonde cette tutelle publique avec la *tutelle privée* qui repose, sans doute, sur un sentiment de bienveillance et de justice, mais qui a sa cause dans l'incapacité du mineur. La tutelle publique a pu d'abord, par analogie, s'exercer aussi sur des populations temporairement incapables et pour ainsi dire en état de minorité : mais à notre époque la société est émancipée, l'industrie est majeure, il n'y a donc plus lieu à tutelle. Ce passage du livre pourrait indiquer le danger des rapprochements juridiques dans des choses différentes. Sans doute, la tutelle publique ne peut plus avoir le caractère, l'autorité de la tutelle privée. Mais la tutelle

[1] *Droit industriel*, p. 20.
[2] Décret des 2-17 mars 1791, art. 7.

publique et administrative, dans une juste mesure, ne peut cesser d'exister. L'objet n'en est pas temporaire, il dure toujours; le devoir de l'État est permanent pour veiller à des intérêts d'ordre et d'utilité sociale qui sont eux-mêmes de tous les temps. La tutelle publique, dans ce sens, c'est l'État; c'est la puissance d'ordre et de conservation qui s'exerce naturellement sur la société, puissance dont l'action se modifie selon les besoins, mais ne s'épuise jamais dans son principe.

Et ici se présente le point délicat des rapports de l'économie politique avec le droit industriel.

L'économie politique est une science dont les doctrines peuvent se développer d'un pôle à l'autre, entre le droit protecteur au nom de l'État et la liberté absolue de l'individu. Comme science, elle peut suivre jusqu'au bout le principe qui lui paraît le plus fécond en déductions; elle peut, par exemple, dans sa théorie, conduire la liberté du travail à l'intérieur et la liberté des échanges à l'extérieur jusqu'à leurs dernières conséquences logiques; elle peut entrevoir dans l'avenir les applications indéfinies de la liberté; elle peut dire avec notre auteur : « Ce qui est vrai d'individu à individu, l'est de pays à pays[1]; la liberté d'échange doit exister entre les individus des nations différentes, comme entre les citoyens d'une même patrie[2]. » Mais le droit industriel est moins libre dans ses dispositions que l'économie politique dans ses spéculations; il ne pourrait pas consacrer cette maxime de liberté illimitée. Il reposera sur la liberté, sans doute, mais comme le droit naturel lui-même, comme le droit civil et commercial, comme le droit public et administratif, il reposera sur la *liberté réglée*. Autrement, il n'y aurait pas de droit industriel; il y aurait seulement déclaration du principe de liberté illimitée, d'égalité absolue; et pour cela il ne serait besoin ni de Code à l'intérieur ni de traités internationaux : en un mot, la liberté absolue, dans le monde industriel et commercial, serait l'absence ou la négation du droit industriel, comme branche de la science juridique et comme droit spécial et positif. Aussi M. Renouard, tout en professant dans l'ordre économique le principe général de liberté, sent-il le besoin de tempérer les rapports du droit industriel

[1] *Droit industriel*, p. 110.
[2] *Ibid.*, p. 296.

avec ce principe de théorie, et d'éviter l'absorption du droit dans l'économie politique. Voici des passages de son livre, qui donnent la mesure de justesse et de prudence apportée par lui dans les spéculations applicables à l'ordre législatif.

« Une sage part faite au passé (dit-il, page 14) aide l'esprit « de réforme au lieu de le desservir. Par la contemplation « exacte des faits présents et l'intelligente prévision des faits « futurs, on consacre au règlement des rapports nouvellement « surgis ou créés, les applications des principes anciens. Si ces « déductions n'y suffisent pas, il est rare qu'en approfondissant « mieux de vieilles vérités on manque à en tirer de plus claires « et de plus instructives formules, érigées en proclamation de « principes nouveaux. *Un droit vivant est plus sacré qu'un « droit à naître.* Le *progrès du droit* n'est que la seconde obli- « gation de la société; le *maintien du droit* est la première. »

Ailleurs (p. 158) il est dit : « Les barrières entre les nations « ne disparaîtront pas, mais elles s'abaisseront. L'indépendance « qui les sépare en personnes distinctes subsistera; sa destruc- « tion serait un grand mal. » Plus loin encore (p. 276) : « Le « droit naturel, non plus que le droit civil, ne repose pas sur un « principe unique, dont il ne resterait qu'à tirer des déductions « logiques; il s'appuie sur des principes multiples et complexes, « exposés à se heurter. C'est à *la loi positive* qu'il appartient « de les faire vivre en harmonie, en les soumettant à des con- « ditions réciproques. » Et, dans une autre partie du livre, l'auteur, après avoir enseigné que la liberté est la destinée finale de l'humanité, reconnaît que ses modes d'organisation et d'action sont d'une mobilité invincible et se trouvent subordonnés aux faits, aux résultats des sciences, des arts, de l'industrie, aux institutions civiles et politiques : « Il n'y a de fixe « (dit-il) que les réponses aux questions de morale éternelle[1]. »

Telle est l'interprétation raisonnée et précise de quelques passages, dont les expressions, isolées de l'ensemble du livre, pourraient conduire à des conclusions excessives et contraires à la véritable pensée de l'auteur sur le droit industriel; aussi je crois pouvoir, en combinant les différentes parties de l'ouvrage de M. Renouard, présenter la formule suivante comme résu-

[1] *Droit industriel*, Ire partie, p. 51.

mant à la fois l'esprit du livre et les vrais principes : Le droit industriel a pour objet de garantir et de régler la liberté du travail, en la conciliant avec la sécurité publique et l'intérêt national.

II.

Après avoir déterminé, d'une manière générale, la notion du droit industriel dans ses rapports avec le droit naturel et avec la liberté économique, il faut rechercher ce qui peut constituer le corps même du droit industriel, considéré dans les personnes et les choses, ou dans les deux premiers objets du droit, dont s'occupe seulement le présent volume.

Là M. Renouard rencontrait nécessairement une question qui intéresse gravement la situation des personnes, l'organisation du travail : « Exposer le droit industriel (a-t-il dit), c'est re-« chercher et mettre en saillie les rapports qui unissent aux « principes d'éternelle justice les accidents sociaux du travail « humain et l'utilité de ses résultats... Le travail est le mot que « la révolution de 1848 a inscrit sur ses drapeaux ; mais elle « n'en a ni compris le sens, ni connu le droit et la loi. » La question de l'organisation du travail a fait peser sur la France, dans un temps de désordre, toutes les craintes d'un régime oppressif en empruntant le nom et l'apparence de la liberté. L'auteur prouve, dans un des meilleurs chapitres de son livre, qu'en nos sociétés modernes la division du travail, qui s'est accomplie par le mouvement naturel des facultés productives et la liberté de l'industrie individuelle depuis la loi de 1791, est une merveilleuse organisation du travail. Chacun suit la voie qu'il a pu librement choisir selon son aptitude; et tous les besoins sont satisfaits; et tous concourent à la production sociale, dans une juste proportion avec les besoins publics ou privés. L'équilibre s'est fait entre les éléments du travail humain et la diversité des nécessités sociales, comme il se fait dans les forces de la nature; et l'homme, en suivant les inspirations de la liberté moderne, a rencontré en France la meilleure organisation, la seule possible, celle qui s'éloigne également de cette offense à la nature humaine, dont le châtiment retombera un jour dans le Nouveau-Monde sur les États à esclaves, et de cette servitude déguisée qui, pour échapper

aux prétendus dangers de la libre concurrence, enchaînait chaque membre de l'industrie à son œuvre et plaçait le despotisme dans l'État, chargé du rôle de producteur et de distributeur des produits.

Il n'y avait qu'une exception possible à la *liberté du travail*, un cas nécessaire d'organisation dont parle M. Renouard, le travail pénal, le travail dans les prisons; et, chose singulière, au moment où l'on proclamait la nécessité de l'organisation du travail dans la société libre, on détruisait le travail lui-même dans les lieux d'expiation ; on enlevait à l'amendement du coupable le plus puissant ressort; on rouvrait à l'immoralité des repris de justice un abîme sans fond. Quand l'ordre est rentré dans les idées, le système de l'organisation du travail a disparu de la société libre; et, dans le seul lieu d'où la liberté doive être exilée, le travail organisé a retrouvé son lien, malheureusement trop faible encore, avec la moralisation des condamnés.

C'est donc avec la liberté des personnes et la libre émulation de la concurrence, respectée par l'État, sauf quelques exceptions fondées sur de grands intérêts d'utilité publique, qu'il faut constituer, dans le droit industriel, le premier objet du droit, l'état des personnes.

Et ici se trouve une heureuse et naturelle harmonie avec le droit civil.

Le premier devoir de la loi civile est de fonder ou d'assurer la moralité de la famille; le premier devoir de la loi industrielle est de respecter et de garantir cette moralité, c'est d'encourager, en conséquence, les travaux dans la famille même, de protéger, sans l'imposer, cette division favorable qui attache l'atelier au foyer domestique. Le devoir de la loi civile est de prendre l'enfance sous sa protection, sous sa tutelle; c'est le devoir aussi de la loi industrielle; et cette tutelle qui s'exerce sur l'enfant dans les manufactures pour ménager sa faiblesse, ouvrir son esprit à l'influence d'une instruction morale et religieuse, et pour imprimer dans le cœur des hommes de l'âge mûr la vertu toute sociale du respect de l'enfance, est une tutelle légitime et officieuse, bien digne de soutenir la comparaison avec les différentes tutelles de l'ordre civil. Voilà donc un effet salutaire des rapports du droit industriel avec le droit naturel et civil; et toutes les fois que la loi industrielle pourra se rapprocher ainsi de la loi civile dans l'intérêt de la famille

et de la moralité, elle le devra : « Le travail, comme le dit « M. Renouard, gagne à être *moralement conduit;* » et « la « culture morale doit être le but suprême de l'humanité : une « conquête qui ne se fera jamais est celle du bien sans efforts, « sans travail [1]. »

La production industrielle, née sous les auspices du travail, de l'ordre, de la moralité, de l'intervention bienveillante de la loi et du magistrat, trouvera ensuite, dans la sphère des lois sur la propriété, toutes les garanties que le droit naturel et civil, ou même un droit tout spécial, né aussi de la nature des choses, doit assurer au domaine de l'homme.

Ceci nous conduit à la dernière partie du traité, le DOMAINE HUMAIN.

III.

Cette partie étendue, qui occupe la moitié du volume, est d'une haute importance et par la philosophie du droit, qui en inspire les principes généraux, et par les divisions proposées pour résoudre des difficultés qui tiennent surtout à la confusion des idées.

Il ne faut pas s'effrayer de quelques hardiesses dans la *terminologie* du livre ou dans les déductions.

M. Renouard écarte l'ancienne division des choses en *corporelles* et *incorporelles*, dont nous avons signalé les inconvénients dans le *Mémoire sur le stoïcisme*.

Il divise le domaine : 1° en domaine *universel*, soit matériel soit immatériel;

2° En domaine *approprié*, que la loi civile confirme ou garantit, mais qu'elle n'a pas créé;

3° En domaine *privilégié*, qui est créé directement par la loi, comme la propriété des offices, ou qui est tiré du monde des idées, du domaine immatériel, comme la propriété littéraire.

Dans le domaine universel se trouvent les choses que les jurisconsultes romains appelaient *res communes*, celles qui, par leur nature, comme la mer, n'étaient pas susceptibles de

[1] *Droit industriel*, p. 189-192.

propriété publique ou privée, ou *res nullius*, celles qui n'appartenaient à personne, mais qui devenaient susceptibles d'appropriation par la chasse ou la pêche, ou d'occupation, comme une île déserte et inconnue : par la notion que donne M. Renouard d'un domaine universel divisé en *matériel* et *immatériel*, il lui assigne dans le droit, comme nous le verrons bientôt, une importance ignorée de la jurisprudence romaine.

Pour le domaine *approprié*, ou la propriété ordinaire, M. Renouard explique ainsi sa dénomination : *propriété* signifie *appropriation ;* les objets ne sont pas naturellement et essentiellement propres ; ils nous sont devenus propres, ils nous sont appropriés [1].

L'auteur s'explique d'ailleurs très-catégoriquement sur le principe même de la propriété : ce n'est pas le *travail*, mais *l'occupation*, qui est le titre primordial de la propriété ; bien que le rôle du travail ne soit pas insignifiant dans l'occupation, ce n'est pas la rémunération du travail qui est le principe du droit de propriété ; « ce qui le fonde (dit-il) c'est la légitimité « de mon *appréhension* d'une chose qui n'était acquise à per- « sonne, c'est l'exercice de ma part de l'empire qui appartient « à tous les humains sur la matière appropriable : prendre le « travail pour base, c'est donner pour *principe* à l'établissement « du droit une *conséquence* du droit établi [2]. »

La notion de la propriété ne se complète que par la notion de la durée, et la durée quand il s'agit du droit de propriété n'est rien moins que la perpétuité. Dans la transmission, le travail n'est pas l'*élément unique*, comme le disent certains économistes. « Les plus fermes esprits (selon la remarque de l'auteur) « ne se défient pas assez de la tendance qui nous porte à tron- « quer les faits par le désir de les voir dériver d'un seul prin- « cipe et d'arriver ainsi à construire nos sciences sur un plan « d'unité logique. Une honnête intention seconde ici l'esprit de « système ; on croit faire acte d'habileté en enveloppant la « propriété dans la faveur de l'opinion pour le travail et l'on « crée un danger parce qu'on n'est plus dans la vérité. La légi- « timité de la propriété se fonde sur le droit qu'elle confère à « celui qui a su la prendre, sans offenser aucun droit antérieu-

[1] *Droit industriel*, p. 226.
[2] *Droit industriel*, extrait des pages 269 et 270.

« rement acquis. Le travail humain peut beaucoup sur nos « rapports de propriété; il n'est pas le dispensateur unique et « absolu [1]. »

Cette excellente démonstration, que j'abrége et résume, a pour objet d'écarter des sophismes dangereux, nés de la fausse hypothèse d'une communauté primitive ou négative, d'où l'on sort par *convention tacite* et qui donne à la propriété une nature purement *conventionnelle* : hypothèse bien innocente dans l'esprit des *philosophes du droit naturel* qui l'ont conçue, et qui portait dans son sein le *socialisme* de nos mauvais jours.

La démonstration de l'auteur a pour objet aussi de repousser la division des hommes en *oisifs et travailleurs*, qui avait frappé de crainte pour l'avenir l'esprit prévoyant et politique de Chateaubriand.

Dans un chapitre sur le capital, où M. Renouard établit avec soin les rapports et les différences qui existent entre le capital et la propriété [2], il prouve que la production des capitaux est la base de la richesse publique aussi bien que de la richesse privée; qu'ils se forment par l'épargne sur les revenus des *capitaux productifs*, lesquels représentent à la fois une propriété première et une accumulation de fruits et de travaux. Changer les capitalistes en *oisifs* ou en *parasites* est un sophisme employé quelquefois pour pervertir l'esprit public [3]. — Les parasites, auxquels l'auteur consacre un chapitre final, sont ceux qui vivent sur les parts du domaine humain que le droit assigne à autrui, ceux qui ne vivent ni par leur travail ni par leurs capitaux; et au lieu de diviser les classes de la société en *oisifs* et *travailleurs*, il faut les diviser en *capitalistes*, *travailleurs* et *parasites* : or, cette classe dernière de la société comprend seulement les êtres déchus qui vivent par le délit et que la loi pénale doit atteindre, ou les pauvres incapables de travail et dignes des pieux efforts de la charité privée et publique [4].

Ainsi, la propriété, l'un des fondements de l'ordre social; — le capital, représentatif d'une accumulation de biens, de revenus et de travaux; — et la charité, qui, puisant dans l'épargne et la réduction des dépenses, unit le pauvre au riche par la

[1] *Droit industriel*, p. 270.
[2] *Ibid.*, p. 256.
[3] *Ibid.*, p. 455.
[4] *Ibid.*, IVe partie, ch. 3, p. 553.

reconnaissance et le riche au pauvre par l'exercice de la plus belle vertu : tel est le triple point de vue auquel M. Renouard ramène ce qu'il appelle le *domaine approprié*.

La liberté et la propriété s'appellent et se soutiennent ; mais, dans la langue juridique, la liberté et la propriété entraînent la *possibilité* de l'abus et non le *droit d'abuser*. Les jurisconsultes romains, en définissant la liberté, lui ont donné la limite morale du droit : *Libertas, est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quod vi aut* jure *prohibetur*[1]. En caractérisant la propriété par ses effets *jus utendi, fruendi*, *abutendi*, ils ont entendu par *abuti* le droit de disposer de la chose et de la consommer, et non le droit d'abuser : l'abus est un fait et ne peut jamais être un droit, qu'il s'agisse de liberté ou de propriété. L'homme est libre de faire le mal, il est libre de détruire sa chose, il peut la dissiper, il en a la puissance ; il n'en a pas le *droit*, parce que le droit s'identifie avec le bien et le juste, et trouve dans le devoir sa limite morale et naturelle. Je m'empresse d'ajouter que si l'expression droit d'user et *d'abuser* comme attribut de la propriété se trouve en deux ou trois passages du livre[2], l'auteur a donné lui-même le moyen de rectifier cette inexactitude, et d'empêcher qu'une simple inadvertance ne devienne un exemple autorisé. En caractérisant les traits principaux de la propriété, il dit : « Appropriation « exclusive, plénitude d'exploitation et de disposition, *puissance* « *d'user et d'abuser*, transmissibilité, permanence, perpétuité[3]. » Là le mot *puissance* sauve la possibilité de l'abus et le libre arbitre, sans ériger l'abus en droit. C'est la vraie doctrine.

Le domaine *privilégié*, dans ce traité de droit et d'économie politique, comprend le monopole et le privilége. La propriété *ordinaire* est-elle un monopole ? Non. La loi ne donne pas la chose au propriétaire, elle ne fait que la garantir. Le domaine *privilégié*, au contraire, soit monopole de production, soit privilége de charge ou d'office, soit propriété de marques de fabrique ou de commerce, d'enseignes de magasin ou de raison sociale, soit propriété industrielle, artistique ou littéraire, le

[1] *Droit industriel*, p. 235.
[2] *Ibid.*, p. 228, 234, 235.
[3] *Ibid.*, p. 231.

domaine privilégié est créé par la loi; il est déterminé par elle, dans ses conditions d'existence ou de durée.

Toute la théorie du domaine privilégié, qui s'étend même, dans le livre de M. Renouard, à la propriété des noms de famille et des titres de noblesse [1], est aussi ingénieuse que solide, et se rattache à la notion du domaine universel, à sa division en domaine *matériel* et *immatériel*.

Dans ce domaine *matériel* et universel qui embrasse l'air et l'eau, la lumière, l'électricité, les forces de la nature, l'homme fait des conquêtes par son travail et son génie : et des brevets d'invention, des priviléges ou des lois particulières protégent, par une appropriation légale, par des garanties d'exploitation exclusive, les découvertes, les conquêtes faites sur la vapeur, la lumière, l'électricité ou d'autres phénomènes combinés par l'art avec les besoins de l'homme ou de la société. Sans la loi, sans le privilége ou le brevet donné au nom de l'État, la découverte, l'invention, une fois connue et divulguée, appartiendrait à tout le monde; chacun serait libre de la reproduire par la construction d'appareils semblables ou imités, chacun pourrait profiter des avantages pécuniaires, des produits de la découverte : tirée du domaine universel, l'invention retomberait de suite dans le domaine public, si une loi particulière, si l'intervention de l'État ne protégeait l'inventeur contre le mouvement naturel et général de l'imitation humaine. Mais la loi, en prohibant l'imitation ou la reproduction, dans l'intérêt de l'inventeur, doit protéger aussi l'intérêt social, et ne donner à la prohibition particulière, au privilége qu'une *durée limitée*, afin que la société entière, dans son mouvement de progrès, puisse librement ensuite exploiter et perfectionner, au profit de tous, l'invention première.

Il en est de même dans le domaine universel *immatériel :* le domaine des idées est le domaine commun de l'humanité; il forme pour la perfectibilité humaine cette sphère céleste, « dont « le centre est partout (selon une sublime expression) et la « circonférence nulle part. » L'objet intellectuel, par sa nature spirituelle, est inaccessible à l'appropriation exclusive; l'idée qui occupe l'esprit de l'homme ne peut se manifester au dehors

[1] Décret du 24 juin 1852; l'auteur le qualifie « Acte de bon goût et de bon sens. » Il s'occupe aussi de la loi du 28 mai 1858, sanction du décret de 1852. (*Droit industriel*, p. 533.)

qu'en se communiquant à l'esprit des autres hommes qui la perçoivent et se l'assimilent. L'idée produite par l'un se produit dans l'autre et dans tous; elle devient nécessairement commune à tous, elle échappe donc par sa nature au domaine d'un seul.

La *propriété littéraire* n'est ainsi qualifiée qu'improprement et par l'analogie de certains effets utiles et matériels. Aussi, quand on lui conserve le nom de propriété, on est obligé de l'appeler propriété *sui generis*; et « ce serait en effet, dit « M. Renouard, une propriété d'un genre tout particulier « que celle dont l'objet demeure essentiellement *inappro-* « *priable.* »

Il est un droit sacré, sans doute, dans l'ordre des compositions intellectuelles, c'est le droit de l'auteur sur son œuvre, le droit de la modifier, de la perfectionner, c'est le droit du génie ou de l'intelligence, c'est le rapport de l'auteur à son œuvre spirituelle qui lui reste tout personnel et qui ne peut passer à un héritier; c'est le rapport incommunicable du créateur à l'œuvre créée. Mais ce qui peut passer de l'auteur à des héritiers, à des ayants cause, c'est le droit de copie, le droit de reproduction, d'édition et le bénéfice pécuniaire qui peut en résulter. Or, pour que le droit de reproduction soit exclusivement réservé à l'auteur ou à ses représentants, il faut qu'il soit prohibé dans les autres par la loi; car, par la nature des choses, les idées une fois produites au dehors pourraient être reproduites par tous, en vertu de la liberté de chacun et de l'identité des moyens multiples de reproduction. La loi positive, en interdisant aux autres la faculté naturelle de reproduction, crée donc en faveur de l'auteur et des siens un privilége d'exploitation.

L'œuvre de la loi dans ce privilége, dans cette réserve bien légitime en faveur de l'auteur, sera plus ou moins étendue selon les intérêts combinés des individus, des familles et de la société. Mais, comme le dit très-bien M. Renouard, « qu'une « part de temps plus ou moins longue soit assignée à l'exploi- « tation vénale et exclusive des produits de la pensée, des « arts; de l'industrie, ou qu'on l'établisse à perpétuité, son *titre* « *de droit* ne sera pas changé; ce sera toujours une *délibation* « opérée sur le domaine universel, de l'ordre immatériel ou « matériel, par la création d'un privilége viager ou héréditaire, « temporaire ou perpétuel; » mais l'auteur ajoute : « Quand ce

« privilége (spécial et juste par sa nature) est établi, il a droit « au même respect que la propriété [1]. »

C'est ainsi que dans le principe de justice et dans le respect pour la loi, soit qu'elle confirme seulement un droit naturel, soit qu'elle crée un droit spécial dans des conditions équitables, se trouve le lien entre le domaine *approprié* et le domaine *privilégié*, expressions par lesquelles l'auteur qualifie des différences prises dans la nature des objets, et caractérise des applications, profondément distinctes, de la liberté humaine.

Là s'arrêtera un rapport, déjà trop étendu, sur un livre qui contient tant de choses que la méthode quelquefois en est un peu surchargée. Le droit philosophique y prédomine; cependant les lois positives, relatives à l'industrie, bien que sur un plan secondaire, n'y sont pas négligées. Des considérations et des explications sont en effet présentées dans le cours de l'ouvrage sur les lois qui concernent notamment : les mines, les sociétés en commandite par actions, les marques de fabrique, les dessins et modèles, la propriété des enseignes et des raisons sociales. La loi sur la contrainte par corps, qui touche de près au droit commercial et industriel, est appréciée par l'auteur avec toute la circonspection du magistrat; la loi de 1807 sur le taux de l'intérêt légal, est jugée et condamnée avec toute la liberté de l'économiste; et plus d'un jurisconsulte regrettera peut-être que l'auteur, en cette dernière qualité, n'ait pas cru devoir faire quelques réserves.

En résumé,

Large exposition de la philosophie morale dans ses rapports avec le droit; établissement des principaux liens qui doivent unir le droit industriel avec le droit naturel et civil; application de l'économie politique au droit industriel faite le plus souvent avec des restrictions commandées par la différence de la science économique et du droit;

Distinction juste et profonde entre les éléments du domaine matériel et du domaine immatériel, avec déduction de ses

[1] « Les privilèges sont *justes*, quand la *détraction* qu'ils opèrent est né- « cessaire à la conservation *d'un droit* plus sacré et plus fort que celui qu'ils « interdisent à tous au profit de quelques-uns; ils sont *injustes*, si cet « interdit ne protége que des intérêts ou des droits inférieurs à ceux qu'il « paralyse. » (*Droit industriel*, p. 336 et 345.)

conséquences moralement nécessaires dans l'ordre légal et pratique ;

Abondance d'idées, d'observations judicieuses et originales, de sentiments élevés dans l'ordre philosophique et religieux :

Tels sont les caractères supérieurs, mêlés de légères imperfections de méthode, de quelques généralités ou déductions peut-être excessives, qui me paraissent devoir recommander ce traité sur le droit industriel à la haute estime de l'Académie.

Oserais-je, en terminant, émettre un vœu?

C'est que l'auteur, à la fin de son ouvrage, représente dans un ordre synthétique et dégagé des détails d'exposition, l'ensemble des matières qui constituent ou doivent constituer le corps même de la législation industrielle, sous le rapport des personnes, du domaine matériel et immatériel, des obligations et des institutions judiciaires ou administratives. Ne serait-ce pas le couronnement naturel de l'œuvre du jurisconsulte-philosophe et du magistrat? Après avoir, le premier, introduit le droit industriel dans la science par la philosophie du droit, l'auteur du traité aurait préparé la révision et la codification des lois de l'industrie.

F. LAFERRIÈRE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Lafontaine, conseiller à la Cour impériale d'Orléans.

« Les hommes ne se connaissent entre eux que par la possession d'état. On a connu son père, sa mère, son frère, ses cousins; on a été de même connu d'eux. Comment, après plusieurs années, changer toutes ces idées, et *détacher un homme de sa famille?* »

(Le tribun Duveyrier.)

« La possession d'état est, en matière de filiation, un genre de preuve, *sans lequel il n'y a plus rien de certain ni de sacré parmi les hommes.* »

(Bigot-Préameneu.)

La filiation naturelle peut-elle, comme la filiation légitime, s'établir par la possession d'état?

I.

Que l'on dise aux gens du monde :

Un enfant est né sous le toit d'un homme que la voix publique a signalé immédiatement comme son père naturel. Cet homme a donné le nom de fils à cet enfant, il a accepté de lui le nom de père. Il a fait plus, il a rempli tous les devoirs qu'impose ce titre doux et sacré : il a nourri, élevé l'enfant; il lui a donné l'éducation primaire et secondaire et l'éducation professionnelle; il l'a présenté comme son fils au public, à l'autorité, à la religion, à ses voisins, à ses amis, à ses parents. Ces derniers, de vive voix et par correspondance, ont eu pour l'enfant naturel les égards, les procédés, les noms, les caresses et les protestations d'attachement que le lien du sang comportait.

Et puis un jour, le père apparent ayant brusquement terminé sa vie sans avoir disposé de sa succession et sans avoir consigné, dans un acte authentique, la reconnaissance de son fils naturel, ces mêmes parents ont tout à coup changé de visage et de langage. Dans celui qu'ils avaient, durant vingt années et plus, aimé, caressé, honoré comme le fils de la maison, ils n'ont vu désormais qu'un étranger, qu'un inconnu. Sans pudeur, sans pitié, ils l'ont chassé hors de ce toit sous lequel il avait reçu la naissance, grandi au milieu d'eux, dont il leur avait fait

les honneurs, et ils l'ont rejeté au milieu de la société, seul, sans nom, sans asile, sans patrimoine.

A ce récit, quel homme du monde ne s'écrierait :

Un pareil résultat est impossible! — S'il est possible, il fait peu d'honneur à la législation française!

Un savant professeur, qui est aussi un éloquent écrivain, M. Demolombe, n'a pas pensé que ce résultat fût possible, et il a entrepris de le démontrer. Certes, nous n'avons pas la prétention de tenter après lui ce qu'il n'aurait pas réussi à accomplir. Quelque usée que soit l'éternelle citation *si Pergama dextrâ...*, elle vient se placer trop légitimement ici. Mais la question qu'il n'a montrée que dans la théorie, nous voulons la faire voir toute vive, nous avons presque dit toute saignante, dans la pratique. Et quand on aura lu les faits que nous allons rapporter, il nous semble, si nous ne nous abusons beaucoup, que tout homme de sens et de cœur pensera que si la loi reste telle que l'arrêt la suppose, il faut en réclamer, il faut en poursuivre la réformation. A ce point de vue, la matière prend un nouvel intérêt.

II.

L'espèce dans laquelle la question s'est posée présente des particularités remarquables.

En 1833, une servante accouchait d'un fils dans la maison d'un capitaine retiré du service, nommé Marcellin N..... A partir de ce moment, tous les actes du capitaine semblèrent inspirés par une double règle de conduite : d'une part, accomplir tous les devoirs de la paternité envers l'enfant qui venait de naître sous son toit ; de l'autre, éviter soigneusement toute reconnaissance authentique de cette paternité. C'est ainsi que l'enfant est inscrit sur les registres de l'état civil comme né de la servante du capitaine Marcellin, Françoise Esnault, *et d'un père inconnu*. Cette ligne de conduite, que le capitaine va suivre dans plusieurs circonstances importantes, semble ne pouvoir s'expliquer que par la pensée préconçue et bien arrêtée de laisser toute sa fortune à son fils naturel, et de ne point élever, dans une reconnaissance écrite et régulière, un obstacle légal à l'accomplissement de ce dessein.

En effet, en même temps qu'il refuse au nouveau-né un nom sur les registres de l'état civil, le capitaine Marcellin permet

que cet enfant, qu'il nourrit et élève dans sa maison, porte pour tous le nom d'Edmond N..... Il appelle Edmond *son fils*, et reçoit de lui le nom de *père*. Edmond N..... est connu sous ce nom à l'école primaire, et c'est sous ce nom qu'il reçoit l'instruction religieuse et qu'il est admis à faire sa première communion. Il est placé sous le même nom dans diverses institutions dont les chefs écrivent au capitaine pour lui rendre compte de la santé et des progrès *de son fils Edmond;* les reçus qu'ils adressent au capitaine sont donnés *pour la pension de son fils.* — Après avoir achevé ses études, Edmond est envoyé à Paris et placé par le capitaine, toujours comme son fils, dans une institution qui doit le préparer au baccalauréat.

Bientôt le capitaine le rappelle auprès de lui pour s'aider de sa vigueur juvénile dans les travaux de la petite exploitation rurale qui commence à dépasser les forces du vieux soldat. Le jeune homme est de nouveau salué, accueilli, choyé par les voisins, par les amis, comme le fils de la maison. Les invitations civiles sont adressées au capitaine *et à son fils*.

Le capitaine veut qu'il soit électeur, et les registres ainsi que les cartes électorales portent le nom d'Edmond N..... — Le capitaine demande pour lui un permis de chasse, et ce permis porte encore le même nom.

Cependant, fidèle au plan qu'il s'est tracé, quand il fait remplacer Edmond pour le soustraire au service militaire, le capitaine évite, dans l'acte régulier qu'il signe avec la compagnie de remplacement, de lui donner le nom de son fils.

En 1848, le capitaine achète une maison. L'acte le présente comme acquéreur de l'usufruit seulement, conjointement avec Françoise Esnault et Edmond, acquéreurs de la nue propriété. Le prix est déclaré payé par les acquéreurs, chacun pour la portion qu'il acquiert, et il est exprimé dans l'acte qu'Edmond *demeure chez sa mère*. Or cette mère, on le sait, n'a d'autre domicile que celui du capitaine : celui-ci a donc voulu éviter d'indiquer dans un instrument authentique qu'Edmond demeurait sous le même toit que lui-même.

D'un autre côté, la belle saison conduit plus d'une fois à la campagne, chez le capitaine, des parents qui traitent Edmond comme leur parent, comme le fils de la maison. Leur correspondance renouvelle toutes les assurances verbales d'attachement qu'Edmond a reçues d'eux sous le toit du capitaine.

En 1857, le capitaine Marcellin décède sans laisser de testament ni de reconnaissance authentique d'Edmond.

Celui-ci, dont la qualité et les droits sont méconnus par les héritiers du capitaine, collatéraux assez éloignés, introduit contre eux une demande à fin de liquidation et partage de la succession de son père naturel. Les héritiers lui demandent la justification de cette qualité de fils naturel qu'il s'attribue; il en appelle à sa possession d'état déjà établie et justifiée par l'ensemble des documents qu'il produit, et qu'il offre de confirmer et compléter, s'il en est besoin, par la preuve testimoniale.

Un jugement et un arrêt décident que la possession d'état ne peut être invoquée pour établir la filiation naturelle.

L'arrêt de la Cour impériale d'Orléans, en date du 10 mai 1860, est ainsi conçu :

« Considérant qu'en admettant comme constants les faits de possession d'état invoqués par l'appelant, cette possession d'état ne saurait remplacer la reconnaissance voulue par l'article 334 du Code Napoléon, laquelle doit être faite par acte authentique, lorsqu'elle n'a pas été faite dans l'acte de naissance ;

« Que si le législateur, dans le chapitre 2 relatif à la preuve de la filiation des enfants légitimes, dit, article 320, qu'à défant d'acte de naissance, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit, cette disposition, spéciale à la filiation légitime, n'est pas reproduite à la section 2 du même chapitre, qui comprend les règles pour la reconnaissance des enfants naturels ;

« Que l'on doit induire de ce silence que le législateur n'a pas voulu accorder la même faveur à la filiation naturelle qu'à la filiation légitime ;

« Que la loi du 12 brumaire an II elle-même ne permettait qu'aux enfants naturels *dont les père et mère étaient décédés lors de sa promulgation*, de prouver leur filiation par la possession d'état ; *pour l'avenir et jusqu'à la promulgation du Code Napoléon, elle prescrivait la reconnaissance par acte authentique;*

« Que si, contrairement à cette disposition transitoire, la possession d'état avait dû, sous l'empire du Code Napoléon, remplacer au besoin l'acte authentique, le législateur l'aurait formellement exprimé, puisque c'eût été une dérogation à la loi en vigueur de l'an II à l'an XI ;

« Que, loin de là, il résulte de l'exposé des motifs présenté

par l'orateur du gouvernement à l'appui des dispositions contenues à la section 2 du chapitre 3 du titre 7 du Code, *que la paternité ne peut jamais être établie contre le père que par sa propre reconnaissance, et encore faut-il que cette reconnaissance soit faite par l'acte même de naissance ou par un acte authentique; que la loi n'admet qu'une seule exception, c'est le cas de l'enlèvement;*

« Qu'en présence de termes aussi positifs, il n'est pas permis de se méprendre sur la volonté clairement exprimée du législateur. »

Cet arrêt se résume ainsi : Le législateur du Code civil a clairement exprimé sa volonté de ne point accorder à la filiation naturelle la même faveur qu'à la filiation légitime : et comment a-t-il exprimé cette volonté? *Par le silence de la loi,* et de plus, par cette déclaration faite dans l'exposé des motifs de cette loi, que la paternité ne peut jamais être établie *contre le père* que par sa propre reconnaissance consignée dans l'acte de naissance ou dans un acte authentique postérieur.

III.

S'il était vrai que la possession d'état constante et complète fût la *meilleure preuve* de la filiation, si, en y regardant de plus près, on ne découvrait absolument aucune raison de distinguer entre la filiation légitime et la filiation naturelle, ne serait-on pas en droit, quand on ne rencontre sur ce point, dans la loi, que *le silence du législateur*, et en l'absence d'une prohibition formelle de sa part, de faire l'application de cette règle suprême d'interprétation des lois : *ubi eadem ratio, ibi idem jus?*

Peut-être ceux qui méconnaissent la gravité de la question ne se font pas une idée exacte de la possession d'état, et n'apprécient pas assez la suffisance et l'énergie de cette preuve. La supériorité théorique et pratique de cette démonstration sur toutes les autres, en matière de filiation, c'est là le point de départ, la base et le pivot de ce grand schisme suscité et défendu par M. Demolombe avec l'ardeur que donne la passion du vrai et du juste : on nous pardonnera d'y insister.

IV.

Qu'était donc la possession d'état aux yeux des anciens jurisconsultes?

Parlant de la possession d'état et des registres de l'état civil, Cochin s'exprimait ainsi (affaire *Bourgelat*) :

« C'est sur ces deux genres de preuves que porte l'état des « hommes ; celle de la possession publique est la plus ancienne « *et la moins sujette à l'erreur*, celle des registres publics est la « plus nouvelle et la plus authentique.

« .....On est attaqué dans un état dont on est en possession, « ou l'on réclame un état dont on n'a jamais joui. Dans le pre- « mier cas, *la possession suffit à celui qui est attaqué;* il n'a pas « besoin de recourir aux monuments publics ni à aucun autre « genre de preuves ; il possède, et à ce seul titre on ne peut « pas hésiter à le maintenir.

« .....Ainsi la possession publique, qui décidait seule avant « l'établissement des registres publics, conserve toujours son « premier empire, et *c'est elle qui forme toujours la preuve la « plus éclatante et la plus décisive.* »

Qu'importe que Cochin écrivît sous une législation qui admettait la recherche de la paternité : ce n'est pas de la preuve testimoniale ordinaire et de l'établissement, au moyen de cette preuve, du fait de la génération, ce qui constitue proprement *la recherche de la paternité*, qu'il dit tant de bien. La recherche judiciaire de la possession d'état et la recherche du fait unique et isolé de la génération sont choses bien différentes, et si la possession d'état est la preuve par excellence de l'état des hommes, cette excellence restera la même, quel que soit le parti pris par telle ou telle législation sur la recherche de la paternité ou de la maternité.

D'Aguesseau disait en parlant de la possession d'état :

« La voix de la nature s'explique par les circonstances de « l'éducation comme par celles de la naissance, et puisqu'elle « est appelée par quelques auteurs une seconde naissance, on « présume toujours que celui qui donne la seconde avec autant « d'affection a été constamment l'auteur de la première. » (34e plaidoyer.)

Telle était la puissance de ce grand fait de la possession d'état, même en faveur des enfants naturels, que, suivant Denisart, ceux-ci étaient légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lors même qu'ils n'avaient point été placés sous le poêle, et lors même que les père et mère n'avaient pas parlé d'eux (Ancien Denisart, v° *Légitimation*, n° 4).]

Les législateurs du Code civil n'ont pas tenu en moindre estime la possession d'état comme preuve de la filiation.

« La possession d'état, s'écriait Portalis avec la vivacité « d'accent d'une conviction scandalisée par l'hérésie des au- « teurs du projet soumis à la discussion, *est une preuve complète « de l'état*. En général, toutes les fois que l'on jouit de son état « constamment, publiquement et sans trouble, *on a le plus « puissant de tous les titres*. Il serait donc ABSURDE de présenter « la possession constante comme un simple commencement de « preuve, puisque cette sorte de possession est *la plus natu- « relle et la plus complète de toutes les preuves*.

« Des faits de possession isolés, passagers et purement indi- « catifs, peuvent n'être qu'un commencement de preuve, *mais « il y a preuve entière lorsqu'il y a possession constante*. » (Locré, t. VI, p. 125.)

Cet hommage rendu à la possession d'état est complet, énergique, absolu, indépendant de toutes circonstances particulières. Qu'importe que ce soit à l'occasion de la filiation naturelle ou de la filiation légitime, de l'établissement de la maternité ou de la paternité qu'il ait été prononcé. Portalis rappelait, avec quelque véhémence, aux auteurs du projet, qui avaient eu le tort de la méconnaître gravement, une vérité absolue, et l'influence qu'il lui attribue est évidemment, dans sa pensée, la même dans toutes les hypothèses.

Loin qu'il se soit élevé, dans le Conseil d'État ou dans les assemblées législatives, une voix pour contredire ou affaiblir l'importance décisive que Portalis attribuait à la possession d'état, tous les orateurs font chorus sur ce point.

C'est M. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs.

« Le genre de preuve le plus ancien, celui que toutes les « nations ont admis, celui qui embrasse tous les faits propres « à faire éclater la vérité, *celui sans lequel il n'y aurait plus « rien de certain ni de sacré parmi les hommes*, c'est la preuve « de la possession constante de l'état d'enfant légitime. » (Locré, p. 200.)

Qu'importe encore que l'orateur parle ici de la possession d'état d'enfant *légitime*, si ces termes si forts et si convaincus dont il se sert sont naturellement applicables à la possession d'état d'enfant *naturel ?*

C'est l'orateur du tribunat, M. Duveyrier, qui exalte le mérite

de la possession d'état en termes non moins chaleureux et non moins affirmatifs.

« De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, la *plus solide et la moins douteuse* est la possession publique. On a connu son père, sa mère, son frère, ses cousins; on a été de même connu d'eux ; le public a vu ces relations constantes : comment après plusieurs années changer toutes ces idées, *et détacher un homme de sa famille?* » (Locré, p. 301.)

V.

Quand on s'appesantit sur la valeur comparative de la possession d'état et de la reconnaissance authentique comme preuves de la filiation, on ne se borne pas à considérer la première comme égale à la seconde, on accorde sans hésiter, avec tous les législateurs qui en ont parlé dans les travaux préparatoires, la supériorité à la possession d'état.

Cette supériorité se justifie ainsi. Le titre ne prouve point par lui-même que ce document écrit soit applicable à celui qui s'en empare. La possession d'état suit presque jour par jour, elle éclaire d'une vive lumière la vie de l'enfant depuis sa naissance jusqu'au moment où son état est discuté; elle illumine et fait ressortir l'unité et la solidarité de cette vie entière.

La reconnaissance écrite est l'ouvrage d'un moment, d'un aveu unique qui peut être le fruit de la surprise ou de l'obsession : dans ces légitimations si fréquentes au sein des classes inférieures, combien de fois la reconnaissance d'enfants nés d'un autre que le futur mari n'est-elle pas imposée par la femme comme une condition du mariage! La possession d'état est une reconnaissance continue, persévérante, de tous les jours, de tous les instants. L'imposture ne s'impose ni ne supporte un rôle si long et si importun; elle n'a pas la patience de fournir de pareilles garanties de liberté et de sincérité.

La reconnaissance écrite est le plus souvent ignorée, secrète; la possession d'état est une confession publique, une proclamation à haute voix qui a pour témoin la famille, les amis, les voisins, la société tout entière.

On retrouve jusque dans la discussion au Conseil d'État la preuve de cette supériorité de la possession sur la reconnaissance écrite. On y relève en effet comme possible des circon-

stances dans lesquelles la reconnaissance consignée dans l'acte de naissance ne serait plus qu'un attentat contre l'enfant.

« L'intérêt de l'enfant serait compromis, dit le premier con-
« sul en parlant de la reconnaissance faite par le père sans
« l'aveu de la mère, si la loi le livrait au premier occupant. Il
« est possible qu'un homme vicieux, un peu fortuné, s'en em-
« pare, et le prive ainsi de l'avantage d'être reconnu par son
« père. » (Locré, p. 128.)

M. Tronchet ajoute : « On peut craindre avec raison qu'un
« individu, en haine de ses héritiers ou pour d'autres motifs,
« n'aille chercher au hasard un enfant dans un hôpital et ne le
« reconnaisse pour son fils. » (Locré, *ibid.*)

Il n'est point impossible, il est vrai, qu'un homme conduit par les passions que supposent le premier consul et M. Tronchet, n'ait la constance de réaliser son dessein par la suite des faits qui constituent la possession d'état; mais il faut reconnaître que la satisfaction instantanée donnée à des vues criminelles par une reconnaissance écrite, sera plus fréquente et plus à craindre que des manœuvres simulant la paternité, continuées pendant cette longue suite d'années nécessaire pour constituer une possession d'état.

VI.

La possession d'état reste donc, dans la vérité théorique et dans les réalités de la pratique, le titre le mieux probant et le moins suspect de la filiation des hommes.

Quand cette supériorité est ainsi démontrée pour la raison et la conscience de chacun, peut-on voir un argument sérieux, digne de lui et de l'importance du sujet, dans cette observation de M. Marcadé? Il résulterait, suivant lui, de la contexture de l'article 320, qui n'admet la possession d'état qu'*à défaut* de l'acte de naissance, que cette preuve, faite par la possession d'état, ne serait qu'une preuve de second ordre, qu'un subsidiaire, un pis aller; ce qui ferait évanouir cette prétendue supériorité attribuée à la possession d'état, comme à la première de toutes les preuves en matière de filiation. Si le législateur, dans l'article 320, eût entendu subalterniser ainsi la preuve par la possession d'état, il eût, par là, donné un étrange démenti à l'éloge complet et sans réserve par lequel il avait précédemment exalté ce moyen de preuve. Mais M. Bigot-Préameneu s'est chargé

lui-même de faire sentir le peu de gravité de l'observation de M. Marcadé. « L'usage des registres publics, pour l'état civil, « n'est pas très-ancien, dit-il (Locré, page 200), et c'est dans « des temps plus modernes encore qu'ils ont commencé à être « tenus plus régulièrement. Ils ont été établis en faveur des « enfants, *et seulement pour les dispenser d'une preuve moins « facile.* » C'est donc à raison de sa plus grande facilité, et non à raison d'aucun degré de plus dans la certitude de la démonstration, que la preuve par les registres a été énoncée dans la loi avant la preuve par la possession d'état.

VII.

Si tout ce qui vient d'être rappelé en l'honneur de la possession d'état, comme preuve de la filiation, est vrai, saisissant, entraînant, quels abîmes séparent donc la filiation naturelle de la filiation légitime, pour qu'on se croie autorisé à fermer les yeux dans un cas, à une lumière regardée comme si éclatante dans un autre? Que l'on daigne produire au moins une raison, une raison puissante, une raison suffisante de distinguer.

Suivant M. Marcadé, *les principes disent assez que la preuve des filiations naturelles est loin d'être aussi favorable que celle des filiations légitimes.* Et voilà donc tout ce que l'on a trouvé pour expliquer cette incroyable anomalie d'une loi qui ne verrait plus rien, absolument rien, pour prouver la filiation naturelle, dans un état de choses qu'elle admettrait comme la plus irrécusable preuve de la filiation légitime! Mais qu'y a-t-il au fond de cette assertion de M. Marcadé? Sans doute la morale et l'ordre public exigent que la loi avertisse et proclame qu'elle ne met point les enfants naturels au même rang que les enfants légitimes. Quoique bien et dûment reconnus, ils seront placés dans un état d'infériorité; l'opinion ne les entourera pas de la même considération, et la législation ne leur accordera qu'une part restreinte de la fortune de leurs père et mère. Mais quand on a ainsi conservé au mariage, suivant l'expression du législateur, *la seule prime d'encouragement qui lui reste pour lutter contre la dépravation des mœurs,* quand satisfaction a été ainsi donnée à l'intérêt social, quand des innocents ont été, pour ce grand intérêt, sacrifiés dans une certaine mesure au besoin d'honorer le mariage et d'agrandir le respect de cette insti-

tution; que peut-on exiger de plus? Le vœu de la loi n'est-il pas, ne doit-il pas être désormais pour que tous les enfants naturels soient admis à jouir au moins de la condition restreinte et humiliée qu'elle leur a faite? Les droits de la nature et de l'équité ne sont-ils pas d'accord ici avec l'appréciation philosophique et avec le grand intérêt de l'ordre public? N'est-il pas évident que des liens de famille sont une garantie contre les désordres et les excès d'une classe d'individus qui ne tiendraient à rien dans la société, au sein de laquelle ils ne trouveraient aucune case pour se poser, dont ils seraient comme une superfétation? Est-ce que la loi, enfin, peut regarder l'accomplissement des devoirs de père ou de mère comme facultatif? est-ce qu'elle peut voir froidement l'abandon des enfants naturels? L'exposé des motifs protestait à l'avance contre cette cruelle indifférence au sujet des enfants naturels, contre cette prétendue défaveur qui s'attacherait à la preuve des filiations naturelles.

« Ce sont, disait M. Bigot-Préameneu en parlant des enfants « naturels, des victimes innocentes de la faute de leurs parents. « L'ordre social a exigé que des prérogatives fussent accordées « aux enfants nés de mariages légitimes. La nécessité de main- « tenir la barrière qui les sépare a été reconnue par tous les « peuples; *mais la dignité du mariage n'exige point qu'ils soient « étrangers à ceux dont ils tiennent la naissance.* La loi serait à « la fois impuissante et barbare, qui voudrait étouffer le cri de « la nature entre ceux qui donnent et reçoivent l'existence. » (Locré, p. 211.)

VIII.

Qu'on ne dise point que tant qu'un père n'a pas reconnu son enfant naturel dans la forme légale, on ne peut lui attribuer un enfant *malgré lui*. Une réclamation d'état fondée sur la seule possession ne peut se produire *du vivant du père;* c'est toujours pour sa succession et contre ses héritiers que la difficulté naîtra. Mais, dans tous les cas, mériterait-il quelque faveur, de la part du législateur et du juge, le bizarre caprice d'un homme qui traiterait un enfant comme le sien, lui donnerait la possession constante et publique d'enfant naturel, et cependant lui refuserait systématiquement une reconnaissance écrite? Pourrait-on voir, dans une pareille conduite, autre chose qu'un calcul pour

éluder la loi, qui ne permet pas de laisser sa fortune entière à un enfant né hors mariage? Elles ne doivent donc point être favorisées, quelles qu'elles puissent être, les inspirations d'un père qui confesse et écrit chaque jour sa paternité dans tous les actes de sa vie, et cependant évite soigneusement de l'écrire dans un acte légal et solennel.

« La loi, dit encore M. Bigot-Préameneu, en parlant de la « légitimation des enfants naturels, ne saurait faire entrer en « considération une fausse pudeur et des vues d'intérêt. Il est « au contraire dans ses principes *que rien ne peut dispenser « d'obéir à la conscience et de remplir les devoirs de la nature.* » (Locré, p. 208.) Et plus loin (p. 211): « Les père et mère ont « envers leurs enfants naturels des devoirs d'autant plus grands « qu'ils ont à se reprocher leur infortune. »

IX.

Si les plus puissantes considérations exigent que la vérité d'une filiation devenue, par la notoriété de la possession d'état, évidente pour la conscience publique, produise les effets restreints que la loi lui accorde, et que réclame l'intérêt bien entendu de la morale et de la société, quels textes feront donc obstacle à l'invocation et à la constatation de cette possession d'état?

Que l'on veuille bien ne chercher, sous chaque disposition, que la pensée même qui l'a dictée et qui était seule présente à l'esprit du législateur, et les difficultés s'évanouiront.

La recherche *de la paternité* naturelle est interdite, article 340. — La recherche *de la maternité* est admise, article 341. — Le phénomène de la génération est, quant au père, un mystère de la nature que l'investigation humaine ne peut saisir. L'accouchement, et par conséquent la maternité, est un fait qui se révèle par lui-même. Telle est la simple explication de ces deux dispositions différentes des deux articles 340 et 341. Mais que, par ces mots : *la recherche de la paternité est interdite*, le législateur ait voulu, ait entendu, ait cru proscrire la recherche de la filiation naturelle *au moyen de la possession d'état*, c'est-à-dire de l'ensemble des faits les plus notoires, les plus faciles à constater, c'est ce que personne assurément ne saurait affirmer. La recherche de ce fait unique, la génération, et la recherche du fait complexe de la possession d'état sont choses essentielle-

ment distinctes. Les difficultés, les dangers, les scandales qui ont fait proscrire la première investigation n'ont rien à démêler avec la seconde.

Maintenant, tel est le malheur et la pauvreté de notre langue, que la même expression a presque toujours un sens précis et restreint, et un autre sens plus étendu et plus général. Ainsi, dans les dispositions de la loi, ces mots : *recherche de la paternité ou de la maternité*, signifieront tantôt recherche du fait précis *de la génération*, tantôt réclamation de l'état et des droits d'enfant naturel, qui sont la conséquence de cette génération induite des faits de possession. C'est dans le premier sens que les mots *paternité* et *maternité* sont employés dans les articles 340 et 341 ; c'est dans le second que les a pris l'article 342.

Ce qui reste évident, c'est qu'aucun des motifs qui ont fait rejeter la recherche proprement dite de la paternité n'est applicable à l'établissement de la filiation par la possession d'état. Comment parler, en effet, des dangers d'une preuve testimoniale en matière de filiation, quand les auteurs du Code civil ont pris soin de relever cette différence immense qui sépare la recherche, à l'aide des témoignages des hommes, d'un fait précis, mystérieux, insaisissable comme le phénomène de la génération, et même d'un fait *unique*, quoique apparent et facile à constater, comme l'accouchement, et la recherche de la longue série des actes et des faits qui constituent une possession d'état constante et complète?

« A la différence des conventions, dit encore M. Bigot-Préa-« meneu, qui la plupart ne laissent d'autres traces que l'acte « même qui les constate, la possession d'état se prouve par une « longue suite de faits extérieurs et notoires dont l'ensemble « ne pourrait jamais exister s'il n'était pas conforme à la vé-« rité. » (Locré, p. 200.)

Et plus loin (p. 202) : « Lorsqu'un enfant veut constater « son état par une possession qui se compose de *faits continus* « *pendant un certain nombre d'années*, la preuve par témoins « ne *présente aucun inconvénient ; elle conduit au plus haut* « *degré de certitude que l'on puisse atteindre.* Mais lorsque la « question d'état dépend *de faits particuliers* sur lesquels des « témoins subornés ou crédules peuvent en imposer à la justice, « leur témoignage *seul* ne doit point être admis. »

X.

La grande objection, surtout pour les esprits qu'impressionne fortement la superficie des textes, c'est l'article 334.

La *reconnaissance* d'un enfant naturel n'est possible, d'après cet article, que par un acte authentique ou par l'acte de naissance : donc la *reconnaissance* par la possession d'état est proscrite. Mais qui ne voit que le législateur, dans l'article 344, ne se préoccupait que d'une chose, de la reconnaissance ÉCRITE? Que voulait-il? Proscrire la reconnaissance par acte *sous seing privé*, la reconnaissance par *lettres*, parce que ces deux genres de preuves comportent le danger des surprises, celui des falsifications et des contrefaçons d'écriture, celui des déclarations équivoques et des interprétations erronées. Qui oserait affirmer que la pensée du législateur a été au delà, qu'il a contemplé cette espèce de reconnaissance non écrite qui résulte d'une possession d'état constante et et complète; qu'il a voulu sciemment, résolument donner un si éclatant démenti à cette vérité proclamée par Portalis, *que la possession d'état est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves*, et cela quand on voit que personne n'a osé contredire en face cette solennelle et péremptoire assertion du plus autorisé, et, disons-le sans hésiter, du plus grand de nos législateurs ; quand on voit qu'après avoir retiré cette singulière disposition par laquelle les auteurs du projet commettaient une si lourde méprise sur la valeur de la possession d'état, dont ils ne faisaient qu'*un commencement de preuve*, ils n'y ont rien substitué, et ont gardé désormais un silence absolu sur la possession d'état?

Assurément, s'il y a quelque chose d'évident pour qui médite l'ensemble des éléments de cette investigation historique des textes, c'est qu'il est resté une lacune dans la loi; c'est que les auteurs du projet ont fini par perdre tout à fait de vue la possession d'état en matière de filiation naturelle, et ne s'en sont plus du tout occupés, ni pour l'admettre ni pour la rejeter, soit absolument, soit dans une certaine mesure.

Voyez quelle immense contradiction et quelle étrange inconséquence! Tous les orateurs, Portalis, Bigot-Préameneu, Duveyrier, dans maint et maint passage, rendent un éclatant hommage à la preuve résultant de la possession d'état; on l'admet pleinement pour la filiation légitime; on lui fait d'abord une

première et insuffisante concession pour la filiation naturelle, en la réduisant à un commencement de preuve; et sans en dire un seul mot, sans donner la moindre explication pour faire comprendre comment cette preuve si décisive, si infaillible perdait soudain toute sa vertu pour la filiation naturelle, on aurait entendu l'interdire aux enfants naturels, non pas en partie et sous condition, mais de la manière la plus absolue et la plus inexorable. Certes, après tous ces hommages, la disparate était assez forte pour que l'on daignât l'expliquer, et déduire les grandes raisons qui commandaient d'imposer si durement silence à la voix du bon sens et de l'équité réclamant, par la bouche de Portalis, avec l'éternelle autorité de la première règle d'interprétation des lois, même disposition là où se rencontrait même raison.

XI.

On persiste pourtant à trouver dans l'ensemble des travaux préparatoires, rapprochés des dispositions de la loi du 12 brumaire an II, la preuve évidente que le législateur a proscrit la preuve par la possession d'état en matière de filiation naturelle.

Nous croyons qu'il faut se défendre d'un respect superstitieux pour les travaux préparatoires, surtout pour ces quelques paroles échappées à tel ou tel orateur dans la discussion, paroles souvent recueillies d'une manière si équivoque ou si incomplète, et qui d'ailleurs peuvent n'expliquer que sa pensée particulière. On sait les défaillances, les incohérences, les omissions de la pensée législative, quelle se produise dans le secret des délibérations du Conseil d'État ou dans la publicité des grandes assemblées législatives. Le devoir du législateur est de manifester clairement *dans la loi même* ce qu'il veut. Quand cette loi a été livrée à la société, elle lui appartient tout entière; le droit des interprètes, l'œuvre de la philologie[1] est d'en faire sortir toutes les conséquences qu'autorisent la logique et les règles doctrinales d'interprétation. Certes, nous sommes loin de souscrire à ces théories qui viennent de retentir sous les voûtes étonnées de la Cour de cassation, et qui, dans toute autre bouche que celle d'un membre de cette Cour, auraient ressemblé à un hardi persiflage; et ainsi nous sommes loin

[1] *Philologie*, examen du texte sacré (Boiste).

d'admettre *cette salutaire hardiesse* qui, même en matière pénale, ose *subvenir aux imprévoyances et combler les lacunes de la loi*. Nous n'admettons pas même que l'on puisse, en matière civile, faire à la loi une *sage et utile violence*. Mais deux règles d'interprétation nous paraissent certaines : la première, c'est qu'une disposition générale ne peut être appliquée qu'à des cas ou des choses analogues, alors même qu'en dehors du texte, quelque parole échappée à quelqu'un des orateurs qui ont pris part à l'élaboration de la loi indiquerait l'intention d'aller plus loin. Cette règle a été appliquée par onze arrêts de cassation, dont un rendu toutes les chambres réunies, sous la présidence du garde des sceaux, et par lesquels cette Cour, en présence de l'affirmation de M. Monseignat au Corps législatif, affirmation dont on ne trouvait le germe nulle part, refusa de voir et de reconnaître l'*assassinat* dans le *duel*, et de faire violence aux sentiments les plus naturels au cœur de l'homme et qui ne lui permettent pas de confondre ces deux actions si différentes. La Cour de cassation a encore montré l'importance secondaire qu'il faut accorder aux travaux préparatoires en refusant de faire prévaloir l'intention évidente, les déclarations expresses du législateur sur l'expression claire du texte, alors même que cette expression était le résultat évident d'une erreur matérielle. Une loi faite après 1830 voulait atteindre les journaux paraissant d'une manière *irrégulière;* une méprise de copiste substitua le mot *régulière;* cependant la discussion disait tout le contraire; la présentation, les motif révélaient la pensée du législateur. Un arrêt avait consacré cette assertion hardie que, malgré l'expression, on apercevait le vrai sens de la loi. La Cour de cassation n'hésita point à anéantir un si dangereux précédent.

La seconde règle d'interprétation, qui n'est qu'un second aspect de la première, c'est que toute disposition particulière est applicable de plein droit aux cas analogues, si les termes n'en restreignent expressément l'application, alors même que quelques expressions d'un des coopérateurs de la loi sembleraient indiquer cette intention restrictive. C'est cette règle qui domine et complète toute législation, que là où il y a même raison doit intervenir même disposition; c'est enfin cette grande règle de l'analogie. « L'analogie, s'écrie Toulier avec « une sorte d'enthousiasme, l'analogie, qui nous fait avec rai-

« son supposer qu'à l'exemple du créateur de l'univers, le « législateur a voulu établir des lois générales et uniformes, « sans qu'il soit nécessaire de les répéter pour tous les cas ana- « logues; l'analogie, enfin, qui a porté la jurisprudence romaine « au point de perfection qui lui a mérité de la part des nations « le titre de raison écrite. »

Ceci posé, nous disons qu'il y a analogie parfaite entre la filiation légitime et la filiation naturelle, quant à la valeur de la possession d'état; que le législateur ayant admis cette preuve pour la filiation légitime, sans la repousser expressément pour la filiation naturelle, l'interprète et le juge sont en droit de l'admettre dans les deux hypothèses.

Sans doute il ne faut pas, comme le fait observer M. Marcadé, se poser sur le terrain du législateur pour résoudre la question; sans doute il faut rester sur celui de l'interprétation. Mais qu'il nous pardonne, cet éminent et regrettable jurisconsulte, de trouver que, sur cette difficulté et par suite d'une première impression trop facilement accueillie, il a trop maintenu sa discussion dans la sphère un peu étroite et un peu abaissée d'un rapprochement de textes, d'un commentaire sur quelques paroles isolées échappées à tel ou tel orateur; qu'en un mot il s'est trop asservi à la lettre apparente qui tue et a trop dédaigné l'esprit qui vivifie.

XII.

Maintenant, que valent les trois objections qui résultent de la loi du 12 brumaire an II, de la déclaration de l'exposé des motifs, et des autres travaux préparatoires?

La loi de brumaire an II? C'est une erreur grave de dire, avec l'arrêt d'Orléans, qu'*en permettant aux seuls enfants naturels dont les père et mère étaient décédés lors de sa promulgation, de prouver leur filiation par la possession d'état, elle proscrivait, pour l'avenir et jusqu'à la promulgation du Code Napoléon, la reconnaissancs par acte authentique.*

L'article 10 de cette loi de brumaire an II était ainsi conçu:

« A l'égard des enfants nés hors du mariage, dont le père et « la mère *seront encore existants lors de la promulgation du « Code civil*, leur état et leurs droits seront en tout point réglés « par les dispositions du Code. »

Cette disposition, comme on le voit, n'est qu'une disposition

d'ordre, qu'un pur et simple renvoi au Code civil, sans aucune espèce de préjugé pour les enfants dont le texte s'occupe, et encore moins pour les enfants dont ce texte ne s'occupe pas, c'est-à-dire les enfants *dont les père et mère viendraient à décéder entre l'an II et la promulgation du Code civil.* Bien certainement la loi n'entendait imposer aucun genre de preuve à ces derniers, car elle ne supposait pas le moins du monde que cette catégorie pût exister et qu'un seul enfant pût se trouver dans le cas qu'une éventualité bien imprévue alors a seule créé. Et la meilleure des preuves à cet égard, c'est la loi du 14 floréal an XI, qu'on a crue nécessaire pour régler le sort de ces enfants dont les père et mère étaient décédés depuis la loi de brumaire an II, et sur lesquels, contrairement à la supposition toute gratuite de l'arrêt d'Orléans, cette loi n'avait rien prévu ni rien statué.

L'article 1er de cette loi de l'an XI dispose ainsi :

« L'état et les droits des enfants nés hors mariage, dont les « père et mère *sont morts depuis la promulgation de la loi du « 12 brumaire an II, jusqu'à la promulgation des titres du Code « civil* sur la paternité et la filiation et sur les successions, « sont réglés de la manière prescrite par ces titres. »

Le Moniteur du 16 floréal an XI nous initie complétement à la véritable pensée du législateur de brumaire an II. A l'époque où l'on arrêtait la rédaction de cette loi, le projet de Code civil avait été discuté et arrêté dès le 24 août 1793. On s'attendait à le voir adopter par la Convention au lendemain de la loi du 12 brumaire. Mais il arriva, contre toute attente, que précisément dans la séance du 13 brumaire an II, la Convention suspendit la promulgation du Code et renvoya le projet à une commission pour le reviser. Un intervalle de neuf années s'écoula pendant lequel des enfants naturels virent s'ouvrir leurs droits par le décès de leurs père et mère ; de là la nécessité de la loi du 14 floréal. C'est M. Grenier qui nous donne ces détails au moment de la présentation de cette dernière loi.

« Lors de la discussion de la loi du 12 brumaire an II, dit-il, « un Code civil était prêt ; il avait été discuté, il pouvait être « adopté le lendemain. Cet intermédiaire (entre la loi de l'an II « et le Code civil) n'existait pas dans la pensée du législateur « d'alors ; *il ne voyait que deux sortes d'enfants, ceux dont les « père et mère étaient décédés, et ceux dont les père et mère décé-*

« *devaient seulement après la promulgation du Code.* L'événe-
« ment inattendu alors du retard de la publication a ouvert
« seul une lacune. »

Il est donc bien clair qu'il n'y a aucun argument à tirer de la pensée du législateur de brumaire an II.

XIII.

Seconde objection. « Dans l'exposé des motifs de l'article
« 334, M. Bigot-Préameneu proclame que la *paternité ne peut*
« *jamais être établie* CONTRE LE PÈRE *que par sa propre recon-*
« *naissance consignée dans un acte authentique postérieur.* »
Qu'y a-t-il à conclure de cette déclaration dont l'objet et la portée est simplement de répéter que le père ne sera jamais exposé à *une recherche de la paternité?* En parlant d'une paternité établie CONTRE LE PÈRE, l'orateur n'indiquait-il pas combien sa pensée était loin d'une réclamation fondée sur une possession d'état, réclamation qui ne peut se concevoir *du vivant du père*, possession qui exclut toute idée d'antagonisme entre le père et l'enfant? Ne manifestait-il pas clairement qu'il ne s'expliquait que sur ces reconnaissances *écrites* dont s'arme un inconnu qui surgit tout à coup au milieu d'une famille et réclame son état contre un père auquel il est, jusque-là, resté étranger et qui le méconnaît?

Nous disons qu'on ne peut concevoir une action quelconque exercée *du vivant du père* et fondée exclusivement sur la possession d'état. De deux choses l'une, en effet : ou la possession d'état dure encore, et il est impossible que cet état des choses se prête à l'hypothèse d'un recours judiciaire contre le père; ou l'enfant a vu cesser, depuis un temps plus ou moins long, ses rapports avec son père qui le méconnaît et le repousse. Or les faits de possession d'état ne formant qu'une réunion de présomptions tendant à établir par leur ensemble la preuve, non de la filiation, mais de la reconnaissance *volontaire*, quoique tacite du père, il va de soi que toute action devrait tomber à l'instant devant la seule dénégation du père, par la raison que la présomption de reconnaissance ne peut l'emporter sur la preuve que cette volonté de reconnaître n'existe pas. L'admission de la possession d'état, comme preuve de la filiation contre les héritiers du père décédé, ne peut donc jamais blesser ni contrarier le principe posé par M. Bigot-Préameneu, que la pa-

ternité ne peut être établie *contre le père* que par sa propre reconnaissance consignée dans un acte authentique. Ce passage de l'exposé des motifs est donc en dehors de la question.

XIV.

Quant aux autres éléments d'interprétation demandés aux travaux préparatoires, on n'y trouve rien que de vague, d'équivoque et d'incomplet.

Ce qui domine au milieu de ces traces si effacées et si incohérentes de la pensée du législateur, c'est l'observation péremptoire de Portalis, si saisissante de vérité, sur la valeur de la possession d'état *constante et complète*, et la suppression de cette partie du texte qui, dans le projet, n'en faisait qu'un commencement de preuve, équivalant tout au plus à un commencement de preuve par écrit.

Quoi qu'en dise M. Marcadé, il nous semble que les quelques mots de M. Berlier ne combattaient point directement l'assertion de Portalis, et, comme il arrive trop souvent dans les discussions, ne lui répondaient nullement. Ce qui résulte pour nous de la méditation de cette partie du procès-verbal, c'est qu'il y a eu une espèce de malentendu. M. Portalis, en faisant de la possession d'état *constante et complète* une preuve *entière*, admettait en même temps que des *faits de possession isolés, passagers et purement indicatifs* ne pouvaient former qu'un commencement de preuve. Or, à la fin de sa courte observation, M. Berlier semble d'accord avec lui, puisqu'il ne parle pas d'une possession *constante*, mais simplement *de faits de possession*.

Si l'on s'appesantit, du reste, sur l'observation de M. Berlier, on reconnaît avec surprise combien il était à côté de la question, et à quel point il méconnaissait les caractères et les effets de la possession d'état. « Si l'on donne aux enfants nés hors « mariage, disait-il, la même latitude qu'aux enfants légitimes, « *on expose la femme à craindre une action flétrissante pendant* « *tout le cours de sa vie.* » Quel non-sens que ce prétendu danger *d'une action flétrissante*, c'est-à-dire d'une action qui revèle la maternité naturelle, pour une mère qui, à la face du ciel et de la terre, a donné au fruit de ses entrailles son lait, ses soins, *son nom*, et toute cette existence publique d'enfant qui constitue la possession d'état pour la filiation légitime ou naturelle!

Ce n'est que dans ces conditions, en effet, qu'on peut concevoir la possibilité d'une action fondée sur la possession d'état. Évidemment, dans la préoccupation des souvenirs de l'ancien droit, la pensée de M. Berlier ne voyait *qu'une recherche de la maternité*, et ne se plaçait point dans l'hypothèse d'un enfant naturel, qui se prévaut de sa filiation, prouvée par sa possession d'état, non contre sa mère, ce qui ne serait pas possible, mais contre les héritiers de celle-ci, ou contre d'autres contradicteurs intéressés.

Quoi qu'il en soit, cet historique si peu satisfaisant de ce qui s'est passé au Conseil d'État, fournit, comme le reconnaît M. Marcadé lui-même, des arguments en sens contraire. Si, dans la séance du 26 brumaire an X, la rédaction proposée par M. Berlier semble avoir été adoptée sans modification, malgré l'observation de Portalis, plus tard, la partie du texte critiquée par ce dernier a disparu. La possession d'état complète n'est plus dégradée jusqu'à l'insignifiance d'un commencement de preuve, d'où M. Demolombe estime qu'il faut conclure qu'elle doit recouvrer sa vertu de preuve entière. D'un autre côté, un silence absolu est gardé sur cette même possession, relativement à la filiation des enfants naturels; d'où M. Marcadé induit qu'elle ne peut, si complète qu'elle soit, se produire contre la mère qu'à la faveur d'un commencement de preuve par écrit, et jamais ni à aucune condition contre le père.

Dans tout cela il n'y a rien de satisfaisant ni de décisif, et ce qui paraît trop clair, c'est que pour ce titre, comme dans plus d'une autre partie de l'élaboration du Code, aucune révision d'ensemble n'a eu lieu, aucun système bien coordonné n'a reçu la dernière main du législateur. Au-dessus de toutes ces divinations de la véritable pensée des auteurs de la loi qui, après tout, pourraient bien n'avoir pas eu de pensée définive, ou du moins avoir oublié de dire leur dernier mot, surnagent et planent, comme l'esprit de Dieu sur les eaux, les plus grandes considérations de la morale législative, les éternelles exigences de l'équité et de l'humanité qui recommandent l'intérêt des enfants naturels.

XV.

Si l'on reconnaît avec nous que la posseesion d'état constante et complète, c'est-à-dire satisfaisant pleinement à toute la

rigueur des conditions tracées par le Code, ne présente ni inconvénients ni dangers, pas plus au point de vue du père qu'à celui de la mère, comment hésiter à prévenir les cruelles extrémités auxquelles le rejet de cette preuve peut condamner quelques enfants naturels, et dont le procès d'Edmond N..... nous offre un si déplorable exemple? Cette thèse, a dit M. Demolombe, est l'une des plus importantes qui s'agitent dans notre droit civil. Nous croyons, en effet, que peu de résultats judiciaires sont susceptibles d'étonner la raison publique et de bouleverser, dans les esprits, les notions du juste et de l'injuste à un plus haut degré que les jugements et arrêts qui ont violemment *détaché* Edmond N..... de sa famille naturelle. Et si l'on objectait que les conjonctures qui donnent lieu à des résultats si regrettables doivent être infiniment rares, nous répondrions, avec Montesquieu, que *la loi civile, avec des yeux de mère, regarde chaque particulier comme la cité même*, et nous ajouterions, avec Portalis, que *si, dans le droit politique, les individus ne sont rien, parce qu'il s'agit de sauver la chose publique, dans le droit civil tout se réduit aux particuliers; chaque individu est considéré comme la société tout entière..... Le grand intérêt public, celui qui va au cœur, c'est d'empêcher l'honnête homme d'être surpris.....*, et apparemment aussi d'empêcher l'innocent d'être sacrifié sans nécessité.

Nous dirons enfin, pour dernier mot, que si l'interprétation doctrinale intimidée ne croyait pas pouvoir se permettre de relever les enfants naturels de l'étrange et cruelle condition que leur ferait la loi telle qu'elle est appliquée par les arrêts, il serait digne du législateur, quand le Code civil sera soumis à une révision totale ou partielle, de faire disparaître un état de choses de nature à blesser la conscience publique.

LAFONTAINE.

RÉVISION DU CODE PÉNAL DU PORTUGAL.

RAPPORT PRÉSENTÉ AU ROI, PAR LA COMMISSION, LE 4 JUILLET 1859.

Traduit et annoté par M. BONNEVILLE, conseiller à la Cour impériale de Paris.

(*Suite*[1].)

VIII.

De la pénalité.

Après la partie consacrée à la *criminalité en général*, suit dans le projet, la partie relative à la *pénalité*.

§ 1. *Peines criminelles.*

Pour la meilleure exposition du système pénal, la commission commencera par la peine de l'*emprisonnement*, qu'on peut considérer comme le point principal et le plus important de la philosophie pénale.

C'est à l'Amérique, cette *terre classique des expériences sociales*[2], qu'on attribue généralement l'origine des deux systèmes rivaux d'emprisonnement : celui d'*Auburn* ou prison cellulaire avec séparation durant la nuit, mais travail silencieux en commun durant le jour ; et celui de *Philadelphie* ou prison cellulaire, avec isolement de jour et de nuit (*solitary confinement*).

Toutefois, aucun d'eux n'appartient à l'Amérique, par droit de première application ; encore moins, par la règle du silence absolu durant le travail en commun[3].

La première expérience d'un régime véritablement pénitentiaire est due au pape Clément XI, dans la maison de correction de *San-Michelo*, construite en 1703, par le célèbre architecte Fontana : la seconde, à l'impératrice Marie-Thérèse, dans la prison qu'elle fit commencer à Milan. D'où il résulte que, par l'effet d'une curieuse coïncidence, la prison d'une métropole républicaine, provient peut-être de celle instituée par une impératrice ; tandis que Philadelphie fondée par des quakers, doit

[1] V. la page 56 de la *Revue*, t. XVII.
[2] Léon Faucher.
[3] De Blosseville *Histoire de la colonisation pénale ;* Paris, 1859, p. 9.

peut-être au pontificat romain, le bienfait de ses institutions pénitentiaires [1].

Toujours est-il que la pensée du régime pénitentiaire appartient à l'Église, comme l'a reconnu un écrivain non suspect, l'auteur de l'*Histoire de la civilisation en Europe* : « Il est dans les institutions de l'Église, dit M. Guizot, un fait auquel en général on a accordé peu d'attention; c'est son système pénitentiaire, curieux à étudier aujourd'hui, comme étant presque complétement d'accord avec les idées de la philosophie moderne, dans les principes et les applications du droit pénal..... »

L'Église ne prévoyait pas certainement que son exemple serait un jour invoqué à l'appui du plan des philosophes les moins dévots [2]!

Mais, à part la question d'origine, voyons quel a été le sort des deux systèmes?

Celui d'Auburn, adopté dans l'État de New-York en 1820, suivi bientôt après à Sing-Sing dans le même État, dans le Baltimore, le Maryland, la Colombie et dans les deux tiers des États de l'Union, vient d'être adopté avec quelques modifications par la Sardaigne, amélioré en Suisse (à Lausanne, Berne, St-Gall et Genève), et expérimenté, comme *essai*, dans le grand-duché de Bade, ainsi que dans la prison de *Coldbath-fields*, en Angleterre.

Celui de Philadelphie, suivi dès 1829 dans les pénitenciers de Pittsbourg et de Cherry-hill, accrédité en France par de Beaumont, de Tocqueville, de Metz, Abel Blouet, Béranger et Lélut, a été essayé à Paris dans le pénitencier des jeunes détenus de la Roquette, et adopté successivement en Suisse, en Norwége, en Belgique, en Hongrie, dans le duché de Nassau, dans le bas Canada, etc., etc. [3].

Le temps n'est plus où les philosophes et les criminalistes, divisés entre deux systèmes, enfermaient toute la solution de

[1] De Blosseville, p. 8.

[2] V. de Maistre, *Du pape*, p. 279. — Théophile Hue, *Influence du droit canonique sur la législation criminelle*, dans la *Revue critique de législation*, t. XIII, p. 444 et suiv. — V. aussi Dissert. de C. L. Morichini, Roma, 1841. « *I Romani pontifici furono i primi a concepire e seguire il ben inteso miglioramento delle prigioni, e questo ha principalmente per elemento la religione cattolica.* »

[3] De Beaumont et Tocqueville, *Du système pénitentiaire aux États-Unis*; Paris, 1832, 3e édit., 1845. — Ducpétiaux, *Des progrès de la réforme pénitentiaire*; Bruxelles, 1838.

la question pénitentiaire dans la formule *exclusive* de chacun d'eux; sans réfléchir que leurs divergences d'opinion se bornaient à un point unique du régime pénitentiaire : *celui des communications*, et qu'elles ne touchaient ni au traitement physique et moral, ni aux moyens de reclassement dans la société.

Les efforts de l'humanité ont fait faire plus d'un pas à cette science. Aux systèmes américains est venu se joindre le système *mixte* et *éclectique*, introduit en France par Gasparin, dans l'ordonnance du 10 mai 1839, en vue d'emprunter à ces deux systèmes ce qui serait applicable aux prisons françaises en commun, et de faire de cet *amalgame*, une sorte de transaction conciliatrice entre les deux opinions.

Malheureusement, ce système, qui n'est au fond que celui d'Auburn, avec cette seule différence que les détenus seront réunis durant la nuit, dans des *dortoirs communs*, est, comme le dit Moreau Christophe, le pire de tous. Il a produit les plus mauvais résultats, et il a contraint le Corps législatif à adopter, en 1844, le système d'*emprisonnement individuel*, aussi éloigné de la discipline brutale d'Auburn, que des règles puritaines des quakers de Pensylvanie, et qui est désormais connu sous le nom de *système français*.

Ce que nous avons dit du système *éclectique*, on peut l'affirmer, avec une égale raison, du système *mixte*, employé en Suisse, dans la prison de Genève, si l'on en croit le docteur Ferrus.

Le système *français* d'emprisonnement individuel n'est pas l'*isolement*, ni le *solitary confinement* de Philadelphie; il a bien pour base la séparation absolue des condamnés *entre eux*, mais il admet, *pour chacun des individus séparés*, l'utile et nécessaire distraction *du travail*; les promenades *à l'air libre*; l'instruction morale et religieuse; enfin l'*amélioration* de ceux qui y sont soumis. Le mémoire publié en 1844 par Moreau Christophe, sous ce titre : *Défense du projet de loi sur les prisons, contre les attaques de ses adversaires*, et distribué aux chambres par le gouvernement, a beaucoup contribué à l'adoption de ce système. On y trouve la pensée élevée de fonder toute la théorie de l'emprisonnement sur une espèce d'*hygiène morale*; sur une éducation pénitentiaire ayant pour but d'*amender* le criminel, afin de le rendre régénéré à la société; en un mot, de prévenir, tout en réprimant.

Toutefois, nonobstant le commencement d'essai qu'on en avait fait, même avant la fin de 1844, dans les prisons de Bordeaux et de Tours (inaugurées les 19 août et 14 novembre 1843), ce système n'a pu recevoir sa complète réalisation par suite de la révolution de février. On peut même affirmer qu'il a cessé d'être exécuté depuis le jour où, d'une part, le gouvernement a déclaré par sa circulaire du 17 août 1853, *qu'il abandonnait* l'emprisonnement individuel, et, d'autre part, depuis que la question des prisons s'est trouvée compliquée par celle des colonies pénales [1].

La déportation et la relégation devaient-elles, en dehors de l'emprisonnement, être admises comme peines *sui generis*? ou devaient-elles se combiner avec lui et lui fournir un complément? ou bien encore, ces deux peines devaient-elles, conjointement avec les travaux forcés, constituer un système mixte dans lequel l'emprisonnement eût été la peine *préparatoire*

[1] De Blosseville et de La Sarthe, *loc. cit.* — Nous devons rappeler que ce brusque abandon par M. le ministre de l'intérieur du régime cellulaire, n'a pas eu lieu sans provoquer en France et à l'étranger un étonnement général, suivi des plus énergiques protestations. Aucun des gouvernements de l'Europe n'a renoncé à établir le mode individuel d'emprisonnement, et le Danemark a depuis lors voté une somme considérable pour la construction d'un vaste établissement cellulaire. La ville de Paris, le centre de toutes les lumières, le foyer de toute civilisation, a fait entendre, par l'organe de son préfet et de la commission départementale, la plus imposante protestation. « Il semble vraiment, a dit l'illustre président de cette commission, aujourd'hui ministre de la justice, que l'état social en France soit la toile de Pénélope, et que chacun travaille incessamment à renverser et à refaire ce qui a été fait avant lui. Je ne crois pas que le département de la Seine doive suivre ce mouvement; c'est à lui qu'on doit l'application la plus sérieuse et la plus étendue du régime cellulaire; et aujourd'hui, qu'après de longues expériences il est évident que la somme des bons résultats dépasse infiniment celle des inconvénients inséparables de toute œuvre humaine, peut-il lui conseiller d'abandonner, sur le vu d'une circulaire ministérielle, ses opinions les mieux réfléchies? *Nous devons déclarer nettement que nous continuons à regarder le régime cellulaire comme le* SEUL *qui puisse exercer une heureuse influence sur le moral des détenus.* » Cette opinion fut adoptée à l'*unanimité* par le conseil général. La même opinion fut émise par le conseil général de Seine-et-Oise. Nous avons la ferme conviction qu'on reviendra au système cellulaire, qui n'a été abandonné que pour raison d'économie. Or cette raison est la pire de toutes; car, outre que ce système peut être facilement réalisé dans des conditions convenables d'humanité et d'économie, il n'est rien qui coûte plus cher aux États que la démoralisation et le désordre.

(*Note du traducteur.*)

(*preparacão*), la déportation la peine *intermédiaire*, la relégation la peine *complémentaire* (*complemento*) [1] ?.....

L'Angleterre, tout en s'efforçant de découvrir la solution du système pénitentiaire, dans sa dernière formule, dont la déduction historique a été si magistralement exposée par Béranger (de la Drôme), l'Angleterre, disons-nous, a obéi, pour ainsi dire, aux difficultés et inconvénients que la déportation a rencontrés dans ses colonies. Elle ne peut donc nous offrir un exemple sûr, parce que son système, injustifiable aux yeux de la science, ne peut davantage être défendu comme résultat de l'expérience.

En France, les travaux forcés ont été, à vrai dire, presque abolis par l'empereur Napoléon, en vertu de la loi du 30 mai 1854. C'est aujourd'hui dans l'*emprisonnement* et dans la *déportation* que le gouvernement et la science cherchent la solution dernière du régime pénitentiaire : tel est dans ce pays l'état présent de la question !

La commission pense que l'emprisonnement individuel, complété par la déportation, devrait être désormais l'unique peine; mais un pays comme le Portugal, dans lequel la réforme du Code pénal n'est pas encore réalisée, a besoin d'*expérimenter* (*experimentar*) avant d'adopter un système définitif. En conséquence, tout en conservant la peine modifiée des travaux publics, il est entendu que cette peine, ainsi que celles de l'emprisonnement et de la déportation, resteront, quant à présent, des peines *distinctes*, afin que par l'expérience comparative qu'on aura faite de chacune de ces trois peines, on puisse, dans l'avenir, acquérir les bases certaines pour asseoir un mode de répression définitif.

Les travaux publics, dépouillés de tout ce qu'ils avaient d'atroce et de répugnant pour la dignité humaine, sont réservés aux crimes qui révèlent une *grande perversité morale*, et applicables seulement aux majeurs de 25 ans; — l'*emprisonnement*, à ceux dont la perversité n'est pas aussi grande (*não é tão grande*) et qui offrent une plus grande probabilité d'amendement; — la *déportation* (*degredo*) pour ceux dont la perversité est moindre.

[1] Moreau-Christophe, *Mémoire sur la déportation;* Paris, 1853. — De La Sarthe, de Blosseville et Béranger, *loc. cit.* — Hautute, *De la déportation*, dans la *Revue de droit français et étranger*, de 1845, p. 296 et 418, et de 1846, p. 625 et 703, etc.

Ces peines (indépendamment de la peine de mort), sont celles qui, d'après le système suivi dans le projet, doivent être appliquées aux crimes *majeurs* (*maiores*), soumis à la décision des *jurés*.

Il nous reste à indiquer les points principaux auxquels la commission s'est attachée dans la constitution de ces peines.

Le premier et le plus important est sans contredit : *la séparation des condamnés*. Les peines des travaux publics et de la déportation étant maintenues, le principe de la séparation ne peut leur être appliqué, comme à l'emprisonnement (pour lequel il y a séparation individuelle permanente). On se trouve, par cela même, forcé de recourir à la séparation par *catégories*, tenant ainsi compte des idées de *Ferrus* et des écrivains les plus renommés.

La séparation est indispensable pour éviter la contagion infaillible du crime, par le contact des condamnés entre eux.

« Lorsqu'on compte, dit Rossi, les hommes que la société envoie à l'échafaud, pour crimes, *combinés* et *excités dans les prisons*, on peut presque se demander si l'abolition de toute pénalité ne serait pas pour les citoyens un moyen plus efficace de protection. » La séparation, en prévenant ce mal, évite à la société la nécessité de punir les effets d'une contagion, dont elle a elle-même favorisé l'inoculation.

La peine de l'emprisonnement impliquera la séparation *absolue*, *continuelle* et *radicale* de jour et de nuit, entre les criminels. La commission a choisi ce système, après un long et mûr examen du sujet. Sans ces conditions de séparation, elle considère comme une *chimère*, toute tentative de régime pénitentiaire par le moyen de l'emprisonnement. Ce système est, du reste, le seul qui soit satisfaisant. Il a déjà pour lui l'expérience ; et on peut invoquer en sa faveur l'opinion de *Moreau-Christophe*, *d'Aylies*, de *Bonneville*[1], du sage économiste d'un royaume voisin, *Ramon de la Sagra*, du docteur *Julius*, fondateur du pénitencier d'Insterbourg, *de Crawfort*, inspecteur général des prisons d'Angleterre, du chapelain *Russel*, son collaborateur, de *Ducpétiaux*, en Belgique, de *Robert Vaux* et *Livingston* dans l'État de Washington, de *Cataneo* à Milan, du marquis *Torre-*

[1] « Quoi qu'on puisse imaginer et tenter, on ne parviendra à opérer l'amendement des criminels que par le *régime cellulaire*. » (Bonneville, *Gazette des tribunaux*, du 29 mars 1859.)

giani à Florence, et d'une foule de criminalistes et de publicistes distingués.

Notre système n'aura pas pour base le *solitary confinement*, ou l'isolement de Philadelphie, puisqu'à la distraction du travail, viendront s'ajouter, *pour chaque prisonnier*, l'instruction professionnelle, intellectuelle et morale; l'éducation religieuse et la communication avec la famille, les amis, les maîtres, les chapelains et les personnes religieuses, qui pourront concourir à son amendement.

On ne saurait évidemment, et en aucune façon, appliquer à ce système ainsi compris, les arguments les plus sérieux opposés à la prison cellulaire, et tirés du péril qu'elle peut offrir pour la santé et l'intelligence des condamnés; non-seulement parce qu'on n'y trouve pas cet isolement *barbare* auquel on imputerait ces funestes effets, mais encore parce que ce système a été vengé de cette accusation par l'Académie de médecine de Paris, et par les plus grands maîtres de la science médicale, par *Esquiros*, *Pariset*, *Lélut*, *Baillarger*, *Warrentrapp* (de Francfort) et par le médecin américain *Bache*[1].

Il est possible que l'*emprisonnement individuel* ainsi modifié par la commission, sur les bases du système français d'emprisonnement individuel, souffre encore quelque opposition; mais il est nécessaire, dans une des questions les plus graves de l'ordre social, de se tenir en garde contre les lieux communs, nés d'une compassion exagérée, sinon affectée, que maintes personnes manifestent pour les malfaiteurs, et d'opposer une barrière à l'invasion du *romantisme humanitaire*, qui déjà a osé transformer *en héros de ses productions* et *glorifier dans ses romans, les condamnés les plus indignes de pitié*[2].

[1] Georges Warrentrapp, *De l'emprisonnement individuel sous le rapport sanitaire et des attaques dirigées contre lui, par MM. Charles Lucas et Léon Faucher;* Paris, 1844. — Lelut, *Folie pénitentiaire*, imprimée à la suite de la *Défense du projet de loi sur les prisons*, de Moreau-Christophe; Paris, 1844. — Bonnet, *Hygiène physique et morale des prisons;* Paris, 1847. etc.

[2] « Oui, désormais le crime a *ses encouragements!* Lisez nos livres, parcourez nos théâtres; n'y a-t-on pas, sous des noms divers, caressé, célébré et glorifié le crime? N'avons-nous pas fait aux plus grands coupables des renommées à faire, en quelque sorte, envie aux hommes de bien? N'a-t-on pas recherché, avec une avidité insensée, leurs écrits, leurs poésies, leurs portraits, leurs autographes? Oui, osons le dire à la honte de notre siècle, nous en sommes venus à ce point d'aveuglement et d'aberration, que la pieuse compassion qui s'attache aux criminels semble croître en raison de

Le maximum de l'emprisonnement, dans notre système, n'excède pas quinze années; et encore, dans le cas seulement où il n'y aura que des circonstances aggravantes : en cela nous avons suivi l'exemple du Code pénal des Pays-Bas[1].

la noirceur et de la scélératesse de leur attentat! La justice a-t-elle mis la main sur un grand coupable, aussitôt on s'efforce d'oublier qu'il est un lâche empoisonneur et un infâme assassin, pour ne plus voir en lui qu'une *de ces âmes énergiquement trempées*, une *de ces fortes intelligences*, une *de ces organisations supérieures*, trop hautes, sans doute, pour se ployer, comme nous, au commun niveau des lois sociales! Son nom vole de bouche en bouche, répété par les mille échos de nos salons et de la presse. Ses antécédents, ses habitudes, ses lettres familières, les plus insignifiantes particularités de sa vie, deviennent le texte de toutes les conversations, l'objet du plus incroyable et du plus absurde intérêt. Les sommités du barreau se disputent sa défense; les écrivains ses mémoires, les romanciers son apologie. C'est peu de l'entourer d'égards et de soins; on le visite, on le complimente, on le console! La justice elle-même, oubliant la froide et aveugle impassibilité de son ministère, s'éprend de tendresse à l'aspect de ce coupable d'élite; elle pourvoit à tous ses désirs, publie chaque matin le bulletin minutieux de sa santé; bientôt, si l'on n'y prend garde, l'opprobre et la répression ne seront plus réservés au malfaiteur, mais bien à la malheureuse famille de la victime, qui, dans le juste élan de sa douleur, aura été invoquer l'impopulaire protection des lois répressives!

Aussi ne voyez-vous pas que le jour du jugement est désormais pour le grand criminel une sorte d'ovation. Je ne sais quelle monstrueuse sympathie s'attache à lui. C'est à qui pourra le voir, contempler ses traits, étudier sa physionomie; on a peine à le soustraire aux ardeurs empressées, j'allais presque dire aux hommages respectueux de la foule. Tous veulent assister au triomphe qu'ils espèrent lui voir remporter sur la loi. Nos fonctionnaires les plus graves, nos citoyens les plus recommandables ne craignent pas de venir ajouter, par leur présence, à la scandaleuse solennité du débat. On distribue des billets d'entrée comme au spectacle, et il n'est pas jusqu'à nos femmes du monde les mieux placées, qui, avides des âcres et poignantes émotions de la Cour d'assises, n'abandonnent l'éducation de leurs filles pour venir, *brillantes et parées*, faire, durant des journées entières, auditoire et cortége à ces tristes héros de l'adultère, de l'empoisonnement et de l'assassinat!

En vain cherche-t-on dans nos mœurs blasées et corrompues, dans nos imaginations affadies, l'unique cause de ce funeste et universel travers. Ne faut-il pas l'attribuer surtout à cette foule d'honnêtes philanthropes, qui, caressant l'objet particulier de leurs études, et s'infatuant du bagne ou de la prison, n'ont plus de sollicitude, de dévouement, d'entrailles que pour les *pauvres criminels!* Les gouvernements eux-mêmes n'ont-ils pas subi la contagion de cet étrange engouement! Ne les avait-on pas vus, jusqu'à cette heure, plus préoccupés mille fois de bien vêtir, bien loger, bien repaître, bien catéchiser nos condamnés de toute sorte, que de tendre une main prévoyante à l'honnête ouvrier, malade ou mourant de faim?... » (Bonneville, *De la récidive*, t. I, p. 70; Paris, Cotillon, 1844.)

[1] Article 10.

A la séparation complète et radicale des condamnés, se joint, comme élément essentiel de réforme, le *travail obligatoire*, sans lequel la peine perdrait son caractère répressif, et serait privée d'un des moyens les plus sûrs d'obvier à la corruption morale. « Un travail régulier, disait M. Barthe, à la Chambre législative de France, le 4 janvier 1849, peut en vérité puissamment contribuer à détruire les mauvaises habitudes. Il imprime à l'existence du prisonnier une fin immédiate, aussi utile que morale ; il tend à lui rendre les idées d'ordre et de régularité; à éloigner de son esprit les funestes inclinations, et à relever à ses propres yeux l'homme déchu et avili par le crime. »

La portion des produits du travail concédée au détenu, se divisera en trois parts : l'une destinée à la réparation du dommage; une qu'il pourra employer en secours à sa famille nécessiteuse, en œuvres pieuses, etc.; la troisième constituera un fonds de réserve, qui lui sera remis au jour de sa libération, comme un secours pendant la difficile transition de la prison à la vie sociale[1]. Si, en France, le gouvernement provisoire, à l'occasion de la crise commerciale qui avait suivi la révolution, crut devoir, pour faire cesser la concurrence que le travail des prisons faisait au travail libre, abolir ce travail par le décret du 21 mars 1848, la Chambre législative ne tarda pas à le rétablir, en révoquant le décret du 9 janvier 1849[2].

La part réservée à la réparation du dommage doit avoir une destination forcée, et ne pas rester abandonnée à l'arbitraire (*arbitrio*) du condamné[3]. L'idée de cette application fut conseillée en 1839, par M. Gasparin, ministre d'État en France (arrêté sur les prisons centrales); elle fut confirmée par un ar-

[1] De La Sarthe, p. 6, 7 et suiv. — Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle.*

[2] *Dictionnaire de l'économie politique*, v° *Trávail dans les prisons.* — *Em favor do travalho obrigatorio nas prisões poderiam invocar-se as auctoridades* de Lareinty, Béranger, Dupin, Bonneville, Villermé, de Beaumont, C. Lucas, de Watteville, Moreau-Christophe, Blanqui, etc., *se a sua utilidade e necessidade não fosse tão manifesta* .

[3] « Je dis, moi, que ce n'est pas assez de *permettre* ni de *conseiller* cette « sainte affectation d'une partie du pécule ou fonds de réserve, et qu'alors « que le condamné n'éprouve pas ces scrupules de justice et de vrai repen- « tir, qu'alors qu'il ne fait rien pour indemniser la partie lésée, il faut d'*of-* « *fice lui imposer la réparation civile* comme on lui impose d'office le « travail. » (Bonneville, *Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, p. 78.)

rêté postérieur du ministre Duchâtel. Cette prescription, juste et salutaire en soi, péchait en un seul point, qu'elle n'était pas obligatoire. Bentham et plus récemment Bonneville[1], et après lui Ferrus, ont démontré combien la discipline, la morale et l'intérêt public gagneraient à l'adoption de cette mesure, dont nous trouvons la sanction suivante dans ces belles paroles de Massillon, citées par Bonneville : « *La pénitence n'est sincère, qu'autant que les réparations sont réelles*[2]. »

L'instruction professionnelle et intellectuelle du condamné, à laquelle on doit tendre par tous les moyens possibles, perd toute sa valeur, si l'on n'y joint l'*éducation morale*.

Toutefois, la moralisation des condamnés ne peut provenir que de l'élément religieux. « Il est une seule fibre, disait en 1847, un des membres du congrès pénitentiaire[3], il est une seule fibre qui ne disparaît pas sous l'influence de la plus grande perversité, c'est le *sentiment religieux* ; il est nécessaire de la faire vibrer pour obtenir la correction du condamné. Personne ne méconnaît cette vérité, et tous confessent que la volonté énergique de travailler à la réforme morale par le moyen de la *religion*, ne se peut rencontrer que dans les associations religieuses[4]. »

Le même congrès, après une lumineuse discussion, à laquelle prirent part plusieurs publicistes distingués (tels que Cerfberr, Moreau-Christophe, Ducpétiaux, G. de Beaumont, Frank-Faizer), formula positivement (à l'unanimité, moins deux voix) le désir de voir confier l'action morale des prisons à des associations religieuses[5].

L'expérience est venue confirmer la haute légitimité de ces vœux. Des congrégations spéciales, comme les infirmiers de *Saint-Joseph* (frères de Saint-Joseph), les infirmières de *Marie-*

[1] Bonneville, chap. *De la réparation par les condamnés du dommage civil résultant du crime.*

[2] *Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, p. 14. — Ferrus, p. 181 et suiv.

[3] Roussel, professeur à Bruxelles.

[4] De La Sarthe, p. 715. — L'abbé Plohy, *Réforme pénitentiaire, considérée sous le rapport catholique.* — Muller, *Werden pœnitentiar Systeme ohne den Einfluss der Religion und Kirche zur wahren Besserung der Gefangenen in den Strafanstalten vollkommen wirksam seyn?* Carlsruhe, 1843.

[5] *Débats du congrès pénitentiaire*, etc.; Paris, 1847.

Joseph (sœurs de Saint-Joseph), vouées à l'évangélisation des criminels, consacrent actuellement en France l'activité de leur abnégation, au traitement des misères les plus abjectes et des plaies les plus hideuses de la société, en un mot, donnent leur vie entière à ces *lépreux* de la civilisation. Avant elles, et dès 1840, les frères de la doctrine chrétienne (bien que ce ne soit pas leur mission) rendaient déjà à la société, dans les prisons de Nîmes, Fontevrault, Melun, Reims et Versailles[1], les services les plus signalés, constatés par le rapport à la Chambre des pairs en 1847[2].

Mais ce n'est pas seulement à ces congrégations spéciales que la société a des grâces à rendre. Depuis quatre ans, les *frères de la charité*, les *missionnaires de Picpus* et les *jésuites*, en accompagnant aux îles Marquises et à la Guyane les condamnés transportés par suite de la suppression du bagne de Rochefort, devaient, et par cette expatriation volontaire, et par les exemples de la plus courageuse abnégation, et par leur dévouement religieux, rendre au monde le témoignage de ces vertus chrétiennes, qui ne reculent devant aucun sacrifice, même celui de la vie[3]. Aussi peut-on dire avec assurance que les généreuses inspirations et les prodiges de charité du premier évêque d'Alger, Mgr Dupuch, et d'hommes comme Laudmaw, Fissiaux, Deshaies, Rey, Moret, Lemercier et de tant d'autres, trouveront de dignes continuateurs de cette charité chrétienne qui a animé leurs devanciers, charité sans laquelle toutes les tentatives d'amendement moral des condamnés ne seront jamais que des utopies[4]!...

[1] Dans beaucoup de villes de la France, les membres des congrégations religieuses ont, sous l'autorité du directeur ou gardien chef, remplacé les anciens gardiens et gardiennes; ainsi à Reims les frères de la doctrine chrétienne pour le quartier des hommes, et les sœurs de l'Espérance pour le quartier des femmes, ont remplacé les anciens gardiens laïques. A Versailles, les sœurs de la Sagesse surveillent et moralisent les femmes détenues au pénitencier. (*Note du traducteur.*)

[2] Béranger et de La Sarthe, *loc. cit.*

[3] De Blosseville, p. 516.

[4] Nous ne devons pas oublier de mentionner ici les sœurs de la Croix, à Liége; celles de la Providence, à Champion-lès-Namur; les frères des Bonnes-Œuvres, à Renoix, et autres instituts, qui, tant en Belgique que dans divers autres pays, se consacrent à cette difficile mission. — Émile Vanhoorebuke, *De la récidive dans les rapports avec la discipline pénitentiaire;* Gand, 1846, p. 340.

La Commission, convaincue de la nécessité de donner à l'élément *religieux*, dans les établissements pénitentiaires, toute la force qu'il doit avoir, a voulu donner à cette nécessité une pleine satisfaction; et elle a la conviction intime que la religion, ainsi que l'a fort bien dit de Laville de Mirmont, est, en ce qui touche la réforme des condamnés, la vraie *pierre philosophale* vers laquelle doivent tendre tous les efforts des gouvernements.

Il nous reste peu de choses à dire sur les autres peines de l'échelle répressive.

§ 2. *Peines correctionnelles.*

La *reclusion majeure* et *mineure*, le *bannissement* et l'*amende* sont applicables aux crimes qui, par leur moindre gravité doivent être jugés *correctionnellement*.

La *reclusion majeure* et *mineure* ne diffère de l'emprisonnement que par la *durée*, étant quant au surplus, régie par les mêmes principes.

Le *bannissement* (*desterro*) est une peine qui a toujours figuré dans notre législation, dont on reconnaît les avantages dans certains cas, mais qui ne doit jamais revêtir le caractère du bannissement *espagnol* (*confinemento hispanhol*).

L'*amende*, fixée *d'après le revenu* du criminel [1], suivant la théorie de Filangieri, et des Codes du Brésil et du Wurtemberg [2] est réservée comme peine pour les crimes les plus légers (*crimes levissimos*); c'est en quelque sorte une peine *exceptionnelle*.

Comme peines *spéciales* figurent la *perte* et la *suspension d'emploi* pour les employés publics; l'*inhabilité* perpétuelle ou temporaire à l'exercice d'une profession ou métier, pour ceux qui, en l'exerçant, ont commis le crime; la peine temporaire de la *reclusion dans une forteresse* et l'*expulsion du territoire portugais* pour les crimes politiques; et finalement la *maison de correction* pour les mineurs au-dessous de seize ans.

La commission ne se dissimule pas que la réforme des mi-

[1] Bonneville, *Des pénalités pécuniaires, au double point de vue de la répression des méfaits et du soulagement des classes indigentes; § 2. De l'arbitration des amendes suivant la fortune des délinquants;* Versailles, 1847.

[2] Codes du Brésil (art. 55); du Wurtemberg (art. 32); de Bade (art. 33 et 47).

neurs (*jeunes détenus*), par l'*éducation correctionnelle*, est, suivant l'expression de Busquet, inspecteur des prisons, une des questions pénitentiaires et sociales qui se recommandent le plus sérieusement à l'attention du moraliste [1], et qui appellent le plus sous tous les rapports la sollicitude des pouvoirs politiques de l'État, ainsi que les efforts éclairés et persévérants de l'administration [2]; peu de sujets peuvent avec une plus juste raison préoccuper, en effet, l'opinion publique, inspirer un dévouement plus louable, et rencontrer de toutes parts, dans les diverses classes de la société, de plus vives sympathies.

Il serait barbare et immoral d'assujettir les mineurs aux peines *communes*, réservées pour les *hommes* pervertis. La *correction*, l'unique fin à laquelle la société peut et doit tendre vis-à-vis d'eux, dans son propre intérêt, peut être obtenue par les maisons de correction, proprement dites, ou par les *colonies*

[1] « Les jeunes délinquants sont plus souvent à plaindre qu'ils ne sont coupables; la plupart du temps ils sont les innocentes victimes du défaut d'éducation, de l'abandon, de la misère, des mauvais exemples et des conseils pernicieux de leurs parents. Avant comme après leur incarcération, ils sont dignes de toute la sollicitude de la société. Elle doit les prendre sous sa tutelle; elle ne peut craindre de trop faire pour eux. Devenus criminels par la faute de leurs familles, ils méritent en quelque sorte plus d'intérêt et de pitié que les enfants pauvres *restés honnêtes;* car ils ont, de plus que la misère, l'affliction de vices dont ils ne peuvent répondre. — Ce n'est pas tout; si les mineurs méritent un intérêt *spécial*, à raison des causes mêmes qui les ont entraînés au mal, cet intérêt ils le méritent, non-seulement pendant la détention *correctionnelle* que la société leur impose, mais encore et surtout au moment où elle les rend à la liberté; car en vain l'administration se sera-t-elle efforcée de régénérer ces malheureux enfants, et de leur donner le bienfait d'une éducation morale, religieuse, professionnelle, si elle venait à les abandonner subitement au moment de leur sortie de ses mains. Livrés à eux-mêmes, sans soutien, sans ressources, ils retomberaient dans le mal plus promptement qu'ils ne sont remontés vers le bien. » (Bonneville, *Traité des diverses inst. complém. du régime pénitentiaire*, p. 55.)

[2] « Pour les mineurs, le patronage n'est pas une simple œuvre de bienfaisance, c'est une affaire de *sécurité publique*. Ce sont ces enfants abandonnés, insoumis, livrés par la misère au vagabondage et au vol, qui, plus tard, formeront cette hideuse génération de malfaiteurs qui effraye partout la civilisation. C'est parmi eux que le crime ira recruter ses plus habiles, ses plus redoutables séides. Que si l'on veut sérieusement prévenir le crime, c'est à cette source qu'il faut tout d'abord appliquer le remède, et ce remède, appliqué à temps, est presque toujours efficace; telle est la tâche de charité, de moralisation, d'ordre public, que s'est imposée le patronage des jeunes détenus ! » (Bonneville, *ib.*, p. 554.)

agricoles, dans lesquelles, à part l'instruction professionnelle de certains travaux, ils recevront l'instruction intellectuelle et l'éducation morale et religieuse.

Ces institutions sont aujourd'hui (depuis, du moins que les saines idées règnent dans la science), les deux seuls aspects sous lesquels se présente la réforme des mineurs criminels.

L'établissement de la *maison de correction* a précédé celui des colonies agricoles. Dès 1817, une association avait fondé en France une de ces maisons. Les mineurs qu'elle contenait furent transférés, en 1831, dans la prison des Madelonnettes, et, en 1836, dans celle de la Roquette. Des institutions pareilles n'ont pas tardé à se propager dans toute la France, soit par l'impulsion particulière, soit par l'initiative du gouvernement; témoin les quartiers correctionnels de Lyon, fondés en 1833; ceux de Toulouse, en 1835; ceux de Carcassonne, en 1836; témoin les maisons centrales d'*éducation correctionnelle* de Bordeaux, de Marseille, d'Amiens et de Toulouse; l'asile départemental de Mâcon, et le bon pasteur de Limoges, de Saint-Omer, etc.; l'exemple de la France a été suivi par d'autres pays, comme l'atteste la *Generala* de Turin, dans le Piémont.

Les *colonies agricoles* ont incontestablement obtenu la préférence. La première qui en France ait mérité ce nom, et qui (comme le dit le député Ernú, rapporteur de la commission de bienfaisance sur le projet de loi du 5 août 1850), offre le type le plus ancien et le plus complet, est celle de Mettray, fondée près de Tours, par Demetz et de Courteilles, en 1839 [1]. Elle a été le germe et le modèle de celles, qui, depuis, se sont fondées dans toute la France; et, sans parler des annexes de quelques maisons centrales, comme celles de Bordeaux, Marseille et Fontevrault, on peut citer celles de Petit-Quevilly et de Saint-Idan, en 1843; d'Ostewald et de Val-d'Yèvre, en 1847; de Boussarogue et de Petit-Bourg, en 1848 [2]; de Côteaux, d'Oullins et de Toulouse, en 1849; et de Matelles, en 1850 [3].

[1] Cette colonie continue à donner les résultats les plus précieux et les plus consolants. Aussi est-elle patronée par la plupart des conseils généraux, et par un grand nombre d'hommes notables de la France et de l'étranger.

(*Note du traducteur.*)

[2] De La Sarthe, p. 311 et suiv. — Béranger, t. I, p. 472 et suiv. — Voy. *Rapport sur les premiers résultats obtenus dans la maison correctionnelle du royaume de Sardaigne*, par l'abbé Fissiaux, Turin, 1846.

[3] Cette dernière a été récemment supprimée. (*Note du traducteur.*)

Cette institution n'est plus maintenant spéciale à la France; elle va se généralisant dans toute l'Europe; c'est elle qui a inspiré à Louise Collet un poëme couronné par l'Académie française, dans lequel la noblesse des sentiments n'est pas inférieure à l'élévation de la pensée. Elle a paru digne d'être étudiée sérieusement dans la Grande-Bretagne, à laquelle revient de droit la priorité de l'idée d'une réforme applicable aux *criminels mineurs*, et qui, à cet égard, nous offre des types curieux : la colonie de Parkhurst, établie depuis vingt ans dans l'île de Wight, et celle de Red-Hill, dans le canton de Surrey, fondée depuis douze ans sur le modèle de Mettray, par la Société philanthropique de Londres [1].

Il est à regretter que ni les colonies suisses, ni celles de Hollande, ni celles de Belgique, n'aient pu concourir directement et complétement à élucider la question; non-seulement parce qu'elles ne concernent que les enfants mendiants, orphelins ou abandonnés, mais encore parce que presque toutes ont succombé sous le poids d'embarras financiers. Et nous sommes heureux de constater, par exemple, en ce qui touche les colonies hollandaises, que ce déplorable mécompte s'est produit malgré les louables efforts de la société de bienfaisance créée par le général Van den Bosch, en 1818, ainsi que des personnes généreuses qui s'y étaient associées et du prince illustre qui l'avait prise sous sa protection.

IX.

De la mesure des peines.

L'un des vices les plus notables du Code français [2], vice qu'on retrouve également dans notre Code et dans celui de tant d'autres peuples, c'est l'absence d'un principe régulateur de proportion, d'un principe supérieur de morale, qui *embrasse* toutes les probabilités du crime, toute la théorie des punitions, et dont la nécessité avait été sentie par le poëte romain, abstraction faite de l'épicurisme de sa doctrine :

. . . . . *Adsit*
Regula, peccatis, quæ pœnas irroget æquas [3].

La vérité est que le Code français fut rédigé par un juriscon-

[1] Ferrus, *De l'expatriation pénitentiaire*, p. 97 et suiv. — Béranger, t. I, p. 98-113.
[2] Soslimène, *De la réforme du Code pénal français*, Paris, 1845.
[3] Horace, lib. I, sat. 3.

sulte *antiphilosophe*, qui, en parcourant une longue liste de faits criminels, s'est borné à tracer en face d'elle, une liste égale de peines; c'est *une histoire sans doctrine*, un *catalogue de sanctions*, c'est un *almanach pénal*, et rien de plus[1]. Dans un pays où Buffon écrivait l'*arithmétique morale*, il serait étrange que *Treilhard* (comme Pussort au temps de Louis XIV) n'eût pas aimé mieux contenir (*atterrar*) le peuple français par la *rigueur des peines*, que de l'élever par *le sentiment de la gloire*[2].

« Sondant avec attention la conscience, et étudiant avec ardeur « les faits de l'humanité, dit Rossi, nous pouvons connaître la « relation qui doit exister entre le mal moral d'un délit et une « certaine peine, par laquelle doit être accomplie la loi d'ex-

[1] Qu'on me permette de protester ici contre la rigueur excessive, j'oserai dire injuste de ces critiques envers le Code pénal du premier empire. On juge toujours mal une loi, quand on l'isole des circonstances et des nécessités sociales au milieu desquelles elle a été rendue.

Au lendemain d'une révolution qui avait sapé tout l'édifice de l'ancien droit; ébranlé dans leurs bases, la religion, la morale, la famille, la sûreté individuelle, la propriété; anéanti le principe tutélaire de l'autorité; jeté le désordre dans les idées, dans les mœurs, dans les habitudes des masses; il y avait impérieuse nécessité, suivant l'expression de Bossuet, *de ramener à l'ordre par la rigueur des peines ceux qui s'en étaient dévoyés!* Il s'agissait alors, non de disserter et dogmatiser, mais d'agir; il fallait reconstituer en quelque sorte *manu militari* les grandes assises du repos public et social; par conséquent : édicter un code énergiquement répressif et qui, sans reproduire les anciennes barbaries, fût en dehors des théories philosophiques dont l'abus avait fait tant de mal au pays!

Aussi le Code de 1810, *malgré ses imperfections*, reconnues par son illustre auteur lui-même (*il faudra le refaire dans trente ans!*), fut-il accueilli comme un *véritable bienfait*, non-seulement en France, mais dans une partie de l'Europe, où l'on s'empressa de l'imiter. Qu'aujourd'hui, grâce à la marche du temps et des idées, nous soyons en mesure de mieux faire; qu'après la consolidation de l'ordre, nous demandions à la science et à la philosophie l'aide de leurs lumières pour *améliorer* cette législation essentiellement *provisoire*, d'accord; mais respectons au moins cette œuvre que nos pères ont honorée et respectée; à laquelle tant de peuples ont dû leur sécurité intérieure! L'attaquer avec un injurieux dédain serait plus que de l'ingratitude, ce serait une sorte de sacrilége!..... (*Note du traducteur.*)

[2] Sans doute les hommes éminents qui s'associèrent à Napoléon eurent comme lui la conviction que la rigueur des peines était nécessaire. Comme lui, ils pensèrent que *l'indulgence envers le crime est cruauté envers la société*; mais affirmer qu'à côté de cette salutaire intimidation, le législateur impérial n'ait pas voulu : *relever la nation française par le sentiment de la gloire* et des grandes choses, c'est fermer les yeux à la lumière; c'est s'inscrire en faux contre l'histoire. (*Note du traducteur.*)

« piation. »..... « Cette étude est difficile, nous en convenons; mais c'est l'espèce humaine que nous devons interroger, et la réponse est dans sa langue, dans ses opinions, dans ses coutumes religieuses, en un mot, dans l'ensemble de son histoire..... » En présence d'un délit et d'une peine infligée au coupable, il y a un moment où la conscience humaine s'écrie : *c'est assez!* C'est là le sentiment de l'expiation morale, de la justice absolue, pure, simple, désintéressée! La relation de la peine avec le crime est une vérité d'intuition qui ne se démontre pas, conclut l'illustre criminaliste, reproduisant en d'autres termes une pensée exprimée par le représentant de l'éclectisme français, par Victor Cousin, dans l'exposition de sa loi du mérite, dans son traité : *du vrai, du bien et du beau.*

La commission, rendant hommage à ces intelligences si supérieures, est persuadée que la question doit être désormais envisagée d'une autre manière, depuis les progrès de la science pénale.

Il y a deux buts à atteindre par le moyen des peines : 1° *L'amélioration du criminel*, pour réparer la perturbation que cause ou révèle par lui-même le crime et qui attaque la loi de l'harmonie sociale; et 2° *l'intimidation rationnelle*, laquelle a pour objet de faire disparaître l'alarme causée par le délit, et de détruire la possibilité morale de nouvelles infractions, par le moyen du système même employé pour réaliser cet amendement.

Relativement à *l'intimidation*, ce que dit Rossi est vrai : Il y a un moment où la conscience sociale se déclare satisfaite; et où elle peut dire : *c'est assez!...* C'est certainement un devoir difficile pour le législateur que d'établir *à priori* le *maximum* et le *minimum* de cette expiation, afin de laisser aux tribunaux, entre ces limites, une action libre et discrétionnaire, eu égard à la plus ou moins grande intensité de la criminalité de l'agent. Mais, d'autre part, comme l'alarme disparaît par l'amendement du criminel, et qu'elle subsiste tant que cet amendement n'est pas réalisé; par la même raison, la peine devra *cesser*, aussitôt que cet amendement existera, et elle devra *se prolonger*, s'il n'a pas été opéré.

De cette considération naissent encore dans la science pénale deux institutions indispensables, consacrées dans le projet : *La liberté préparatoire* et *la détention supplémentaire*[1], et de cette

[1] Voyez pour la justification et le développement de cette théorie nouvelle, Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle.*

manière les règles de proportion pour l'application de la peine et pour la fin de l'intimidation vont être modifiées au moyen de ces institutions, conséquences nécessaires de la seconde fin des peines : l'amélioration du criminel[1] ; et par cela même la question de proportionnalité, importante seulement pour marquer une limite à l'intimidation, perd désormais toute son ancienne importance, pour revêtir une nature toute différente, modifiée par de nouveaux et plus féconds principes.

Dans les diverses espèces de châtiments de l'échelle pénale, dans la division des degrés, dans les règles à suivre pour l'appliquer au fait, selon sa plus ou moins grande criminalité ou selon la criminalité des agents, la commission a cru avoir fait tout ce qui est humainement possible pour attribuer aux peines leurs justes limites, comme intimidation rationnelle, et pour donner aux voies et moyens par lesquels on l'obtiendra, toute la portée qu'ils doivent avoir comme élément de correction.

C'est le moment de répondre à un argument qui pourra peut-être se produire. Vous admettez, dit-on, comme fins des peines, l'amélioration et l'intimidation rationnelles, et vous ne laissez pas de conserver dans la loi la peine de mort?... — Ce n'est pas ici le lieu de faire de longues dissertations sur un sujet qui a provoqué des milliers d'écrits ; la commission n'ignore pas tout ce qu'on peut alléguer contre la peine de mort, et nul, plus qu'elle, ne pourrait s'écrier avec l'orateur romain, dans la défense de Caius Rabirius : « *Quid enim optari potest quod ego mallem quam me in consolatu meo carnificem de foro, crucem de campo, sustulisse!* » Mais il est évident qu'on peut admettre, dans *les limites les plus restreintes*, la peine de mort, sans porter atteinte aux principes de la philosophie pénale[2].

[1] « *L'oggetto della pena deve essere : 1° la soddisfazione al pubblico ed al privato danno; 2° la correzione del reo, figlio anch' esso della società.* » (C. p., Léopoldin, de 1786; art. 51.)

[2] Personne ne conteste qu'au point de vue de l'humanité, la suppression de la peine de mort ne fût extrêmement désirable. Mais cette suppression, si jamais elle a lieu, ne peut être que le fruit du temps et de l'adoucissement des mœurs ; toujours elle a été repoussée, par ce motif que la peine de mort est *nécessaire* à la sécurité publique, et qu'il serait imprudent de la supprimer, tant que les criminels ne craindront pas d'attenter à la vie d'autrui. Comment la société pourrait-elle, sans inconséquence, supprimer la peine de mort, *en faveur des assassins*, alors que ceux-ci s'attribuent journellement le droit de l'infliger à leurs malheureuses victimes? Jusqu'à ce qu'ils

Entre les idées d'amendement et d'intimidation qu'on doit s'efforcer de maintenir en état d'harmonie, il peut, dans des cas très-rares, y avoir collision (*collisão*); le fait incriminé peut être tel, qu'il ne reste aucune espérance d'amendement, et qu'en présence de ces organisations, de ces perversités à toute épreuve, vouées à la satisfaction des plus cruels instincts, et incessamment poussées, par une volonté tenace et inflexible, à fouler aux pieds les droits les plus sacrés de la patrie et des citoyens, il peut, disons-nous, arriver qu'en vue du maintien de la grande loi de l'ordre, et dans l'intérêt de la justice, les nécessités de l'intimidation exigent, comme suprême expiation, le sacrifice de la vie du coupable; dans ce cas, et dans ce cas seulement, et dans l'impossibilité où l'on se trouve de concilier (*impossibilidade de harmoniar*) les deux principes, le premier de ces principes qui représente l'intérêt de l'individu, doit céder au second, qui représente l'intérêt de la société.

La vie est aussi inviolable aux yeux de la conscience que les autres biens et facultés dont le Créateur a enrichi l'homme; et, de même que la société attaque, par exemple, la liberté par la peine de l'emprisonnement, sans violer la jus-

s'abstiennent, la société est contrainte de leur dire : *patere legem, quam ipse tulisti!* En effet, partout où l'on a voulu tenter cet essai de générosité sociale, a-t-on été forcé d'y renoncer, en présence de la recrudescence immédiate des attentats contre la vie humaine!...

Remarquons, au surplus, que ce qui importe aux idées d'humanité, ce n'est pas tant *l'abolition* absolue, dans la loi, de cette grande menace, ni l'abolition, dans la pratique judiciaire, des condamnations capitales, que la *non-exécution de la sentence elle-même*. Or, à cet égard, il est impossible de méconnaître les remarquables adoucissements qui se sont produits et dans les dispositions de la loi, et dans les habitudes juridiques. Je citerai par exemple la France : dans son ancienne législation, on comptait 115 cas de peine de mort; le Code de 1791 les avait restreints à 32; celui de brumaire an IV à 30; le Code de 1810 à 27; la révision de 1832 en supprima 11; la constitution de 1848 et la loi du 8 juin 1850 ont aboli la peine de mort en matière politique, en sorte que la loi ne prévoit plus désormais que 15 cas capitaux; et encore, le jury a-t-il le droit de les supprimer *tous* à l'aide des circonstances atténuantes! La peine de mort n'est donc plus par le fait que *comminatoire*, si le jury le veut, et dans tous les cas, réservée aux plus abominables attentats!.....

Un progrès analogue existe dans la plupart des autres législations modernes. On verra, du reste, dans la note qui va suivre, que si, dans le Code français la peine de mort a été autant que possible *restreinte*, des modifications non moins heureuses ont été réalisées au double point de vue de l'*application* et de l'*exécution* de cette terrible peine. (*Note du traducteur.*)

tice, de même peut-elle, dans la peine de mort, faire expier le crime, en ôtant la vie, sans violer la justice; comme sur le champ de bataille elle exige, avec non moins de droit, dans l'intérêt suprême de sa conversation, la vie de ses fils, et ce, sans qu'on ose l'accuser de faire un acte illégitime!

Puisse la société être assez heureuse pour voir bientôt arriver l'époque où, au jour de douleur et de deuil dans lequel elle exerce ce terrible droit de mort, succédera celui de l'abolition d'une semblable peine! mais malheur à elle, si, devançant l'œuvre du temps, elle n'écoutait que les émotions de son cœur[1]!...

X.

Des moyens de reclassement des libérés dans la société.

Le problème pénal resterait incomplet, si, après la satisfaction une fois obtenue par l'expiation, on ne faisait succéder

[1] Si, comme nous venons de le dire, on ne peut encore prévoir l'époque de l'abolition absolue de la peine de mort dans nos lois, nous pouvons entrevoir avec orgueil le jour où la société ne fera plus qu'exceptionnellement usage de ce terrible droit. « Les grands crimes, dit M. le garde des sceaux de France, ont depuis quelques années sensiblement diminué. L'année 1856 en offre 248 de moins qu'en 1851, 134 de moins qu'en 1852, 122 de moins qu'en 1853, 11 de moins qu'en 1854, 15 de moins qu'en 1855. » Cet adoucissement des mœurs a dû motiver une diminution progressive du nombre des peines suprêmes que commande la sécurité publique.

Le nombre des condamnations capitales, après avoir été en moyenne de 111 (de 1826 à 1830), est descendu à 66 (de 1831 à 1835), à 39 (de 1836 à 1840). — Il a été de 48 (de 1841 à 1845), de 49 (de 1846 à 1850), de 53 (de 1851 à 1856). Il est de 58 en 1857, de 38 en 1858.

Les exécutions à mort ont dépassé de beaucoup cette progression décroissante. Car, comme l'un des avantages d'un gouvernement fort et tutélaire est de maintenir l'ordre public, avec une moindre dépense de rigueur, l'empereur a pu chaque année faire grâce de la vie à plus de moitié des condamnés à la peine capitale. On ne comptait en 1856 que 28 exécutions, 32 en 1857, et 23 en 1858!.....

On voit donc à quel point est aujourd'hui réduit en France, sur une population de 35 millions d'habitants, cet impôt judiciaire du sang!

Le jury a *en fait* le droit de l'abolir par les circonstances atténuantes, et il ne manquera pas d'user de ce droit le jour où il verra l'alarme sociale s'affaiblir par la rareté des grands attentats.

C'est là, selon nous, la meilleure et la plus sûre solution du vieux et difficile problème que soulève l'abolition de la peine de mort.

(*Note du traducteur.*)

au système répressif, quelques remèdes spéciaux destinés à faciliter le reclassement des libérés dans la vie sociale.

Dans le moment solennel où il va disposer de sa personne, de son temps, de son industrie; dans cette époque *de convalescence morale* comme l'appellent Bonneville[1] et Béranger[2], où il importe d'offrir à sa faiblesse le secours d'une sollicitude aussi active que prévoyante, la société, dis-je, ne peut le laisser livré à lui-même, destitué de protection et d'appui, sans compromettre les efforts jusqu'alors employés pour opérer son amendement[3].

La nécessité de mesures de cette nature n'a pas obtenu grande attention de la plupart des législateurs, mais la commission pénétrée de son urgence absolue, a adopté et consacré dans cette vue, comme remède indispensable et dont on ne saurait trop presser la réalisation : *la liberté provisoire, les sociétés de patronage* et *les colonies de refuge pénal*, institutions qu'elle a empruntées à la théorie et à la pratique des nations civilisées, et dont l'utilité a déjà reçu de l'expérience une consécration définitive.

§ 1. *Libération provisoire.*

La liberté provisoire ou *préparatoire*, celle que les Français appellent *libération provisoire*, est reconnue et pratiquée en France à l'égard des mineurs (jeunes détenus) par l'article 9 de la loi du 13 août 1853. Elle a été admise en Angleterre, dans

[1] « Le libéré amendé est, au sortir de prison dans un état de *convalescence morale*, durant lequel la rechute est aussi fréquente qu'elle est dangereuse. Trop souvent, après de longs jours de privation et d'esclavage pénitentiaire, le libéré est poussé malgré lui à tous les désordres, à toutes les brûlantes dissipations de la liberté. Il faut donc qu'on le retienne, qu'on l'avertisse, qu'on veille au bon emploi de sa masse de retenue. » (Bonneville, *Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, p. 578. Paris, Cotillon, 1847.)

[2] « Le fruit des épreuves auxquelles nous proposons de soumettre le condamné serait compromis, si les premières années de sa libération, soit provisoire, soit définitive, n'étaient pas considérées comme un temps de *convalescence morale*, pendant lequel il importe d'offrir à sa faiblesse le secours d'une sollicitude aussi active que prévoyante. » (Béranger, *De la répression pénale*, t. I, p. 548. Paris, 1855.)

[3] « Il ne suffit pas, en effet, de séparer les condamnés pendant le temps de leur peine, et de travailler alors à leur amélioration morale, il faut encore les surveiller, *les aider* et *les soutenir* après leur sortie de prison. » Duchâtel, *Exposé du projet de loi sur les prisons*; 25 janvier 1847.

le système répressif, réglé par le bill du 20 août même année. Cette institution, dont la nécessité était, dès 1838, proclamée par Ch. Lucas[1], concède, à titre d'expérience et de préparation, au condamné qui n'a pas encore accompli entièrement sa peine, mais qui a manifesté son amendement, la liberté sous certaines garanties ; et au cas d'un bon résultat, cette liberté quoique provisoire demeure définitive, bien que le terme de l'expiation ne soit pas encore expiré; parce que le condamné étant amendé, la société ne peut exiger de lui une plus longue expiation, sans porter atteinte au principe de la justice[2].

La commission a voulu consacrer une institution, si juste en soi, en l'entourant des indispensables garanties que l'ordre social est en droit d'exiger dans cette partie, elle pense qu'on devra suivre, comme modèle, pour l'adapter à notre pays, le projet de Bonneville, écrivain et magistrat distingué, qui (depuis 1847 jusqu'à ce jour) n'a cessé de combattre en France pour l'adoption de cette généreuse mesure, qui y a consacré les écrits les plus concluants[3], et, dont au reste, les efforts ont été

[1] *Théorie de l'emprisonnement*, t. XXXI, p. 235. — *Des institutions préliminaires et des institutions complémentaires qui se rattachent à la théorie de l'emprisonnement;* Paris, 1838.

[2] « Lorsqu'en vue de l'*amendement* le juge détermine la mesure de la peine, il ne peut faire qu'un calcul approximatif, calcul dont l'expérience expiatoire peut seule vérifier l'exactitude. Aussi ne peut-on douter que si le juge pouvait à l'avance connaître les résultats de l'expiation, à l'égard de chaque condamné, il ne fixât le taux de la peine juste à la mesure rigoureusement nécessaire pour opérer l'amendement du coupable. Car, l'amendement une fois opéré, toute détention ultérieure devient inutile, et partant, aussi inhumaine envers l'amendé que vainement onéreuse pour l'État..... Il y a quelque chose de mieux que l'*intimidation* qui éloigne du crime, c'est l'*amendement*, qui ramène au respect des lois, aux sentiments d'honneur et de probité! Or, quoi de plus exemplaire que la vue d'hommes naguère coupables, qui, sous l'influence régénératrice de l'expiation, sont rentrés dans la voie du bien?... Leur repentir est la plus énergique protestation contre le crime, et la preuve la plus évidente de l'efficacité corrective du châtiment! » (Bonneville, *Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, ch. *de la libération préparatoire*, p. 225).

[3] Bonneville, *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire;* Paris, 1847, 1 vol. — *De l'amélioration de la loi pénale;* Paris, 1855, 1 vol. — *De l'accroissement des récidives;* mémoire inséré dans la *Gazette des tribunaux* des 28 et 30 mars 1858.

secondés par Béranger de la Drôme[1], Ortolan[2], Ferrus et autres criminalistes.

§ 2. *Fonds de réserve.*

Bien que le *fonds de réserve*, acquis par le condamné pour prix de son travail dans l'établissement pénitentiaire, soit une précieuse ressource qui doit assurer ses moyens de subsistance et son reclassement dans la société, au jour où il recouvre sa liberté; on doit convenir qu'on ne pourrait, sans de graves inconvénients, complétement abandonner le libéré à lui-même dans ce difficile moment d'épreuve. Il y a là une situation pleine de périls, à laquelle il fallait pourvoir[3].

D'ailleurs, même comme moyen transitoire, le fonds de réserve pourrait souvent être insuffisant, si le condamné ne trouvait pas quelqu'un qui, par esprit de charité, voulût consentir à le diriger, à le protéger, à le soutenir dans sa régénération, afin de faciliter sa rentrée dans les voies de la vie sociale.

§ 3. *Sociétés de patronage.*

A cette fin, la commission proclame et recommande la nécessité de l'institution des *sociétés de patronage*, que, dans la séance de la chambre des pairs de France du 19 juillet 1839, M. le marquis de la Grange appelait l'*âme du système pénitentiaire*[4].

Quelques sociétés de ce genre ont été, il y a 30 ans (1833), fondées en France, sous les auspices et l'initiative de Charles Lucas; elles ont procuré de tels avantages, qu'elles ont servi de modèle à celles postérieurement établies en Belgique et en Hollande, et qu'elles doivent être considérées, ainsi que le disait en septembre 1846 le congrès pénitentiaire de Francfort,

[1] Béranger, p. 440 et suiv.; Paris, 1855, 1 vol.

[2] Ortolan, *Éléments du droit pénal;* nos 1343, 1487 et 1489.

[3] Bonneville, *op. cit. De la libération provisoire. — Du patronage des libérés.* — Ortolan, *loc. cit.*, nos 1474-1490.

[4] Discussion à la chambre des Pairs, 16 juillet 1839. « Oui, le patronage est l'*âme*, ou plutôt la conséquence forcée du système pénitentiaire; oui, il est une mesure d'humanité et d'ordre public, une garantie de régénération, un moyen préventif du crime, si, pratiqué dans une sage mesure et dans un temps voisin de la libération, on en réserve exclusivement le bienfait aux libérés *amendés*. » (Bonneville, *loc. cit. Du patronage des libérés*, p. 568).

comme « *l'indispensable complément de la réforme pénitentiaire*[1]. »

Mais quoi qu'on fasse, les préjugés peuvent souvent s'opposer à ce que le condamné, devenu libre, obtienne facilement du travail dans la société auprès de laquelle il va rentrer. Pour obvier à cet inconvénient plusieurs moyens ont été proposés; ce sont les *maisons* et *colonies agricoles de refuge*.

§ 4. *Maisons de refuge.*

Préconisées par Dupin et par tant d'autres philanthropes et criminalistes, les *maisons de refuge* sont nées en France sous l'action de l'initiative particulière. De Barolière créa à Lyon un établissement de cette nature pour les femmes libérées. Son exemple fut suivi à Paris, dans l'institution de Mad. de Lamartine et dans *l'ouvroir de Vaugirard*; à Montpellier dans *la solitude de Nazareth*, instituée par l'abbé Coural. D'autres œuvres semblables furent instituées à Bordeaux, à Rennes, Strasbourg, Marseille, Rouen, etc.[2].

§ 5. *Colonies agricoles.*

Toutefois, on préfère à ces institutions urbaines, les *colonies agricoles de refuge*, qui ont en leur faveur l'autorité de Léon Faucher, Wolowski et Ortolan.

« Fondons des *refuges agricoles* (écrivait le premier de ces publicistes) à l'instar des colonies établies en Belgique et en Hollande, dans lesquelles les condamnés viennent faire *quarantaine*, comme dans un lazareth. La France a, dans les huit millions d'hectares de terres vaines et vagues, le terrain de ces colonisations. »

La commission, sans repousser l'institution des maisons de refuge, qui doivent être laissées à la libre action de la charité particulière, se prononce pour *les colonies*, et elle invoque pour

[1] « Quel sera l'ange gardien chargé de recueillir le libéré *amendé* à sa rentrée dans le monde; de diriger ses premiers pas dans la voie glissante de la liberté; de le maintenir dans les bonnes habitudes d'honnêteté et de travail que lui a rendues l'expiation; de le cautionner au besoin auprès d'un maître; de dissiper d'impitoyables préventions; enfin d'éloigner de lui les dangers qui menacent sa faiblesse déjà constatée par un premier crime?..... — Ce sera le patronage. » (Bonneville, *Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, chap. *du patronage des libérés*, p. 599).

[2] Lepelletier, de La Sarthe, p. 830 et suiv.; Béranger, t. I, p. 438 et suiv.

leur création, l'intervention publique et officielle du gouvernement. Elle croit que l'ensemble des moyens proposés renferme les indispensables mesures qui doivent préparer le retour effectif des condamnés dans la société.

Elle ne se dissimule pas les inconvénients allégués contre les colonies agricoles de mendicité de Hollande, de Belgique et d'Algérie; mais, à cet égard, les arguments de l'économiste belge Molinari, ne reposant que sur l'absence d'éléments de colonisation qu'il reproche à ces établissements, ne peuvent absolument prévaloir contre l'institution elle-même[1], et après tout, la commission est persuadée que les colonies hollandaises de Frederick's Oordt, dans la province d'Over-Yssel, de Drenthe et de Frise; celles de Ommerschats en Over-Yssel, en Veenhuisen et en Drenthe offrent tout ce qu'on peut désirer (d'après la spécialité de leur destination), pour des colonies de cette nature[2].

XI.

Des effets et des conséquences des condamnations pénales.

En ce qui touche aux effets des peines et aux conséquences des condamnations pénales, la commission ne peut s'empêcher de signaler deux notables innovations admises par le projet : l'abolition complète de *la mort civile* et de l'assujettissement *à la surveillance spéciale de la police.*

§ 1. *La mort civile.*

La mort civile, qui, même dans ce siècle, dépare la législation de presque tous les peuples, et qu'admet notre Code pénal actuel, n'existe plus dans le projet. Si la France doit à l'empereur Napoléon III, l'abolition de cette fiction, abolition que les gouvernements antérieurs, malgré les vives réclamations de la

[1] Huerne de Pommeuse, *Des colonies agricoles;* Paris, 1852. 1 vol.; W. C. Staring, *Les colonies agricoles de la société néerlandaise de bienfaisance;* Arnheim, 1849; de Lurieu et Romand, *Rapport à M. le ministre de l'intérieur, sur les colonies agricoles;* Paris, 1851. — De Lurieu et Romand, inspecteurs généraux de la bienfaisance, avaient été désignés, en 1849, pour aller étudier les colonies agricoles de France, de Hollande, de la Suisse, de la Belgique, et ce rapport curieux est le résultat de leurs études.

[2] G. de Molinari, *Colonies agricoles;* article du dictionnaire de *l'Économie politique*, t. I; Paris, 1852. — Alphonse Esquiros, *La Néerlande et la vie néerlandaise;* Paris, 1859.

science et de l'opinion, n'avaient osé décréter, le Portugal devra, à Votre Majesté, Sire, au cas où elle adopterait les idées du projet, une réforme encore plus complète que celle qu'on doit à l'empereur des Français.

Et, en effet, si la loi du 31 mai 1854, a supprimé la mort civile, son article 3 n'enlève pas moins au condamné à des peines perpétuelles, la libre disposition de ses biens, ainsi que le droit d'acquérir, sinon à titre d'aliments ; et il va jusqu'a annuler le testament fait avant la condamnation. Ces dispositions, avaient été, lors de la discussion de la loi, et nonobstant la défense présentée par le rapporteur Riché, et par M. le ministre Rouher, organes du gouvernement [1], victorieusement combattues par les députés Legrand et Rigaut, comme elles l'avaient été déjà parmi nous, par le président de la commission, dans la Chambre des députés, durant les séances des 7 et 8 avril 1853 [2].

Les idées du projet sont plus humaines. Le condamné, quelle que soit la gravité de sa peine, n'est pas, par cela même (*por isso*), privé d'aucuns de ses droits civils ou de leur exercice. A peine sera-t-il privé de l'exercice de ceux dont il s'est montré incapable par la nature même du crime ou par des circonstances spéciales personnelles, comme pourrait l'être tout autre citoyen non criminel (*outro qualquer cidadão não criminoso*).

La commission se dispense de longs développements sur ce sujet, afin de ne pas répéter ce qui a été tant et si bien écrit à cet égard [3].

§ 2. *De la surveillance de la haute police.*

L'assujettissement à la surveillance de la haute police, dont les premiers indices se rencontrent dans les décrets des 19 ventôse an XIII, et 17 juillet 1806 [4], et dont la consécration *défi-*

[1] Humbert, *Des conséquences des condamnations pénales relativement à la capacité des personnes;* Paris, 1855, p. 435 et suiv.

[2] La commission a suivi sur ce point les idées de son président ; il en a été de même pour la réhabilitation qu'il avait victorieusement combattue dans ses discours, et dont il avait demandé le rejet du projet. Aussi n'y figure-t-elle plus que sous un caractère complétement différent de celui qu'elle a dans le Code actuel.

[3] I. Hanin, *Des conséquences des condamnations pénales;* Paris, 1848. — Humbert, *loc. cit.*

[4] La surveillance de la haute police existait déjà sous notre ancien

nitive a été faite par le Code de 1810, d'où elle a passé dans presque toutes les législations promulguées depuis [1], disparaît également dans le projet. Déjà, en 1832, le ministre de la justice, en France, reconnaissait les inconvénients des effets de cette peine, qui donnant au fait de la condamnation une publicité inévitable, devenait un invincible obstacle à la régénération du condamné. « Surveillé par les agents de la police, exposé à la méfiance et au mépris publics, soupçonné de tous les crimes commis dans la localité, le condamné, après avoir accompli sa peine, trouve difficilement du travail ; il est dans l'impossibilité de se procurer une existence honnête ; il perd toute résolution d'une vie meilleure, et est entraîné à la récidive plutôt par désespoir que par la perversité [2]!... »

Néanmoins, la loi du 28 avril de cette année, l'avait maintenue. Mais la commission l'a supprimée dans ce projet, suivant en cela l'opinion de Faustin Hélie, de La Sarthe, et autres, et l'exemple d'une partie de l'Allemagne, où cette institution, comme l'atteste Heller-Claparède, tend à disparaître.

§ 3. *De la grâce.*

Enfin, en ce qui touche les causes *extinctives* des peines, nous devons signaler une importante innovation, dans la partie rela-

droit. Au XVIIe siècle, les réglements généraux de police *interdisaient aux galériens libérés, certaines résidences déterminées;* » l'ordonnance de Louis XIV de 1704, voulait même « qu'en cas d'infraction à cette défense, lesdits libérés fussent, sur la seule preuve de leur identité, et sans autre forme de procès, *renvoyés aux galères!* » Le Code de 1791 et celui de brumaire an IV, n'avaient fait aucune mention de cette peine accessoire ; mais elle n'en avait pas moins continué d'exister, comme mesure de sécurité publique, inhérente aux condamnations criminelles. On en trouve la preuve dans l'acte constitutif du 18 floréal an XII, qui mettait *sous la surveillance* ou à la disposition de la haute police de l'État, les individus *absous* par la haute cour. Les décrets de l'an XIII et de 1806, et le Code de 1810 n'ont donc fait que reconstituer et réglementer une mesure dès longtemps en usage. (*Note du traducteur.*)

[1] Code nouveau de Bavière (1813, art. 117 ; Code de Saxe (1838), Code de Sardaigne (1841), *id.* de Wurtemberg (1839), *id.* du duché de Brunswick (1840), *id.* du duché de Hanovre (1840), *id.* du grand-duché de Hesse (1841), du grand-duché de Bade (1845), Belgique, etc. (*Note du traducteur.*)

[2] Exposé des motifs de la loi du 28 avril 1832. — Voy. Bonneville, *Traite des inst. comp. du régime pénitentiaire,* et *de la surveillance de la haute police,* p. 348 et suiv.

tive *à la grâce*, laquelle ne pourra être concédée, en règle générale, sans que le condamné ait manifesté son *amendement* (*melhoramento*), et, au cas de récidive, sans qu'il ait subi les trois quarts de la peine. C'est là une condition de moralité qu'on ne trouve dans aucune des législations étrangères, et dont l'adoption a été proposée et soutenue par Bonneville avec autant d'autorité que de force [1].

La commission n'a pas hésité à la consigner dans son projet. A défaut de cette condition *sine quâ non*, la grâce n'aura aucun effet; et, de plus, elle ne pourra, sauf le cas d'insolvabilité absolue, être *entérinée* (*julgado conforme a culpa*), si le condamné n'a pas préalablement *réparé le dommage* ou fourni caution de cette réparation, et s'il n'a pas rempli les autres indispensables conditions développées par le même jurisconsulte, *pour concilier la miséricorde avec la justice* [2].

Telles sont, Sire, les rapides considérations que la commission croit devoir présenter à Votre Majesté, sur quelques-uns des points les plus importants de la première partie du projet, dont elle a l'honneur de lui faire le respectueux hommage!

Elle en prend occasion d'exprimer ici le témoignage de sa reconnaissance à MM. Mittermaier, conseiller privé, et professeur à la Faculté de Droit d'Heidelberg; Bonneville, conseiller à la Cour Impériale de Paris; Ortolan et Molinier, professeurs dans les Facultés de Droit de Paris et de Toulouse, tous criminalistes distingués, qui, animés du plus vif intérêt pour la réforme de la législation pénale, ont bien voulu venir en aide à la commission, dans la tâche difficile que Votre Majesté lui a fait l'honneur de confier à son zèle.

Qu'il lui soit permis, en terminant, de faire une dernière observation.

On ne peut nier que l'organisation des établissements pénaux, comme nous les concevons, ne doive entraîner une augmentation de dépense. Si ce reproche devait être fait au projet, la commission répondrait par ces mots du conseil général de Seine-et-Oise, en France:

« Le plus ou moins de dépense ne doit pas être un motif dé-

[1] Bonneville, *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, p. 114 et suiv. Paris, Cotillon, 1847.

[2] *Ibid.*

terminant *lorsqu'il s'agit de sauvegarder les intérêts de la société*, lesquels ne sauraient être compromis, sans entraîner, même au point de vue financier, les plus grands dommages [1]. »

La commission est convaincue, que, sous le règne de Votre Majesté, on ne voudra pas sacrifier à une pareille objection, les établissements pénitentiaires; nous ne pouvons oublier que parmi nous, l'initiative de ces généreuses institutions appartient de droit, à la reine Dona Maria Ire, dont la sollicitude projetait dans cette ville, une magnifique prison modèle, devant satisfaire à toutes les exigences de la science pénale de l'époque. Le plan de cet édifice confié au talent du célèbre Cyrille Walkmar Machado, ne fut malheureusement pas exécuté, comme ont plus tard échoué plusieurs projets semblables, déjà formés dans le courant de ce siècle.

Dieu garde la précieuse vie de Votre Majesté!!!

Lisbonne, le 4 juillet 1859.

Antonio de Azevedo Mello e Carvalho, *président*,
José Antonio Ferreira Lima,
Joachim Pereira Guimarães,
Dr Levy Maria Jordão, *secrétaire* et *rapporteur*.

MÉMOIRE SUR LE RÉGIME MUNICIPAL EN FRANCE DANS LES VILLAGES,

DEPUIS LES ROMAINS JUSQU'A NOS JOURS,

LU A L'ACADÉMIE DES SCIENCES, ARTS ET BELLES-LETTRES DE LA VILLE DE DIJON,

Par M. Serrigny, professeur à la Faculté de droit de Dijon, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

On s'est beaucoup occupé de l'histoire du régime municipal dans les grandes villes de la France. Tout le monde connaît

[1] Délibération au sujet du meilleur mode d'emprisonnement, session de 1853.

l'ouvrage de M. Raynouard sur ce sujet[1]. Il ne m'a pas paru que les recherches de cet auteur se soient portées sur le mode de représentation des villages pendant la longue série de siècles qu'il embrasse. M. de Savigny ne me paraît pas non plus s'être préoccupé beaucoup de cet objet dans son *Histoire du droit romain au moyen âge*[2]. Et cependant le nombre des villages est infiniment plus considérable que celui des villes ; la population qu'ils renferment est aussi incomparablement plus élevée, et surtout elle l'était davantage avant la concentration qui s'opère de nos jours dans les grands centres d'habitation.

Il est donc intéressant de rechercher quel a été autrefois le mode d'organisation des villages. J'ai été conduit à cette recherche par mes études sur le droit administratif romain du IVe au VIe siècle, et par la lecture de plus de cent chartes d'émancipation de communes qui se trouvent réunies en manuscrit aux anciennes archives de Bourgogne par les soins de M. Rossignol, conservateur des archives de la *Côte-d'Or*, connu avantageusement du public par ses travaux historiques.

Les villages des Gaules et des autres parties de l'empire romain avaient-ils un régime municipal avant l'invasion des peuplades germaniques ? J. Godefroy, qui se pose cette question, la résout affirmativement : *Civitates, sive urbes, oppida, municipia*, QUIN ET VICI, *mansiones etiam quædam, item castella, non tantum plebem habuere* (*cui decuriones opponuntur*), *verum etiam suum quemdam senatum habuere, qui* CURIA *dicebatur*[3]. Au sujet des villages, *vici*, il cite la loi 13, Cod. Th. *De senatorib.*, qui enjoint aux *primates*, non-seulement des villes, *urbium*, mais aussi *vicorum et castellorum*, d'arrêter les déserteurs, et la loi ultième *De patrocin. vicor.*, qui autorise les églises de Constantinople et d'Alexandrie à s'emparer des biens que les *curiales vicorum et metrocomiarum* ont abandonnés, à la condition d'en payer les impôts, *functiones publicas*. La loi 119 *De decurionib.* suppose également les simples *mansiones* soumises à un régime municipal[4], bien qu'elles eussent moins

[1] *Histoire du droit municipal en France sous la domination romaine et sous les trois dynasties* ; 1829, 2 vol. in-8°.

[2] Traduit et publié en 1830 par M. Guenoux ; 2 vol. in-8°.

[3] Ad Cod. THEOD. PARATITL. *tit.* DE DECURIONIB.

[4] *Oppidorum*, SIVE MANSIONUM, *per Bithyniam*, CURIALES *publicis includere functionibus per suam fugam cognovimus*.....

d'importance que les villages : car les *mansiones* étaient des stations servant de relais de postes, d'hôtelleries et de magasins pour les impôts en nature [1], et par conséquent elles devaient avoir une population ordinairement moins nombreuse que celle des villages.

Il y avait des chefs-lieux de villages, *metrocomiæ ;* il en est fait mention quatre fois dans la loi 6 Cod. Th. : *De patrocin. vicor.* Voici l'explication qu'en donne Godefroy : *Metrocomia, scilicet erat mater pagorum, seu caput inter omnes vicos, qui uni civitati subierunt : Haud aliter quam* METROPOLIS, MATER CIVITATUM *ejusdem provinciæ.* Et il ajoute : *Observandum vicis quoque, autsaltem metrocomiis, suam fuisse* CURIAM, *suos* CURIALES, *quod ostendit directè salvianus, lib. V* DE GUBERNAT. DEI, cap. 4 [2].

Voici, ce me semble, ce qu'il faut conclure de tous ces textes, c'est qu'au Ve siècle (la dernière loi citée est d'Honorius et de Théodose, an 415) les villages d'une certaine importance avaient une curie, c'est-à-dire une municipalité propre ; que ceux d'une moindre importance étaient, comme aujourd'hui nos sections de communes, réunis sous une même municipalité, qui était celle du chef-lieu, *metrocomia ;* ou bien encore on peut comparer, à certains égards, ces municipalités des *metrocomiæ*, qui s'étendaient à plusieurs villages, à nos municipalités de cantons créées par la constitution du 22 fructidor an III, et qui ont disparu avec elles. Un dernier texte confirme cette idée : *Qui ex vico ortus est, eam patriam intelligitur habere cui reipublicæ vicus ille respondet* [3].

Il y avait, au moins dans certaines communes, un *defensor*, qui n'était autre chose qu'un syndic. Voir L. 18, § 3, ff., *De munerib. et honorib.*, où est dit : *defensores quoque, quos Græci syndicos appellant*, et la loi 1, § 2, *ibid.*, qui range cet office au nombre des charges personnelles : *Personalia civilia sunt munera, defensio civitatis, id est ut syndicus fiat*, etc. Nous retrouverons plus tard une imitation de ces syndics dans nos communautés villageoises.

[1] V. Godef. ad Cod. Th., *Glossarium nomicum*, v^o MANSIO, et Calvin., *Lexic. jurid.*, v^o MANSIONES.

[2] Voici ce passage de Salvien : *Quæ enim sunt, non modo urbes, sed etiam municipia* ATQUE VICI, *ubi non quot* CURIALES *fuerint, tot tyranni sint?* V. God. ad l. 6 Cod Th., *De patrocin. vicor.*, t. IV, p. 187, édit. Ritter.

[3] L. 30, ff., *Ad municipalem.*

Que devint le régime municipal dans les Gaules après la conquête germanique? M. de Savigny, M. Raynouard, dans leurs ouvrages cités, établissent clairement que les conquérants barbares laissèrent subsister ce régime pendant la première race de nos rois. Ce point est aussi prouvé dans l'une des magnifiques leçons de M. Guizot sur l'*Histoire de la civilisation en France*[1], que l'on relit avec admiration trente ans après qu'elles ont été faites. Le raisonnement seul, indépendamment des preuves historiques, conduirait à cette solution, parce qu'il est nécessaire qu'il y ait une administration municipale là où il y a des intérêts communs à gérer, et que ces intérêts existent toujours tant que les agglomérations de populations conservent leur autonomie.

Mais lorsque le colonat ou la servitude de la glèbe, fut devenu, avec des modifications et des noms divers (*coloni, lidi, servi*), la condition presque universelle des populations rurales, il s'opéra insensiblement une transformation dans les institutions générales et locales de la France. « La fusion de la souveraineté et de la propriété s'accomplit, et les propriétaires « du sol devinrent les maîtres de ses habitants[2].» «Le seigneur « fut investi, comme souverain, du droit d'imposer la capitation, et comme propriétaire, du droit de posséder la redevance. Quant à la capitation, qui devint la taille, le seigneur « la régla et l'augmenta selon son bon plaisir[3]. »

Au milieu de cette anarchique tyrannie, lorsque les mainmortables furent devenus taillables et corvéables à volonté, le seigneur fut tout, et ses hommes, ses *serfs*, ses *vilains* (*villani*), ses manants (*manentes*) ne furent rien ou peu de chose. Ils ne pouvaient quitter leur village, le seigneur avait sur eux le droit de poursuite; ni se marier, sans son consentement, avec des personnes d'une autre condition, le droit de formariage s'y opposait[4]. Ils ne pouvaient ni vendre leurs biens ou en disposer librement entre-vifs en faveur de personnes étrangères à

[1] V. t. I, p. 403 et suiv.

[2] V. *ibid.*, t. IV, p. 264.

[3] V. *loc. cit.*, p. 266.

[4] « Lorsqu'une personne de condition servile se mariait hors de la seigneurie à laquelle elle appartenait, ou lorsqu'elle épousait une personne, soit libre, soit dépendante d'un seigneur étranger, cette alliance constituait ce qu'on appelait un formariage, *foris maritagium*. » Guérard, *Polyptique d'Irminon*, t. I, p. 413.

la communauté, ni les transmettre par succession ou dernière volonté, le seigneur les appréhendant à titre d'échute. On comprend que, dans un pareil ordre de choses, les habitants des villages soumis à ce pouvoir, les hommes *de poeste* (*de potestate*) n'eurent plus guère la faculté, ni même le besoin d'avoir une organisation municipale. Le seigneur était à peu près seul législateur et seul juge; il possédait la terre avec ses habitants. Une organisation régulière, permanente, en face d'un pareil maître, eût été une contradiction, une négation de son droit. Il y avait presque impossibilité qu'une pareille organisation pût subsister en présence et en face du pouvoir absolu du maître sur ses hommes ou ses sujets.

Cependant les historiens que j'ai cités, et d'autres encore que je pourrais ajouter, sont d'accord que le régime municipal a continué de subsister dans un assez grand nombre de villes, surtout dans le midi de la France, où le nombre des invasions barbares aurait été moins intense, et où les vestiges du droit romain, et, par suite, du régime municipal, s'étaient mieux conservés. D'autre part, on comprend que les habitants des villes aient mieux résisté à l'oppression seigneuriale que ceux des campagnes. Dans tous les temps, ceux qui ont exercé le pouvoir dans un État ont ménagé bien plus les habitants des cités que ceux des villages. Cela est conforme à cette loi de l'humanité, suivant laquelle les forts sont moins maltraités que les faibles.

Nous voyons dans les Codes romains que les habitants des villes étaient affranchis de la capitation, lorsque les habitants des campagnes y étaient assujettis [1].

D'autre part, nous savons que la capitation devenue *cens royal* dans les Capitulaires des rois francs [2], s'est transformée, sous le régime féodal, en la taille à merci et volonté. Qu'y a-t-il d'étonnant que cette transformation se soit opérée plus difficilement dans les grands centres de population, qui étaient accoutumés à la franchise de la capitation, que dans les villages

[1] Cod. Th., l. 2, *De censu.* — *Plebs* URBANA..... *minime in censibus pro capitatione sua conveniatur.* CONSTANTIN., *ann.* 313. — La même loi se retrouve dans le *Code Justin.*, tit. DE CAPITAT. CIV.

[2] *Census regalis undecunque legitime exiebat, volumus ut inde solvatur, sive de propria persona hominis, sive de rebus.* Capitul. Car.-Mag., *an.* 805, II, 20, dans Walter, t. II, p. 207.

assujettis depuis des siècles à cet impôt, et qui avaient moins de force pour résister?

D'autre part, il est une observation qu'il ne faut jamais perdre de vue quand on s'occupe des institutions de la France et de la condition des personnes et des terres au moyen âge, c'est l'infinie variété qui se rencontre partout, je ne dis pas seulement de duché à duché, de comté à comté, de ville à ville, mais de village à village. Cette variété, attestée en termes énergiques par Beaumanoir pour le temps où il vivait [1], se révèle à la lecture de toutes les chartes et de tous les anciens terriers. Elle s'explique parfaitement quand on se reporte à l'origine de la féodalité : chaque seigneur ayant joint, par usurpation, la souveraineté à la propriété, et le pouvoir s'étant décentralisé, sauf le faible lien de la suzeraineté, il arriva que chacun de ces seigneurs agit en maître à l'égard de ses hommes, colons, serfs, mainmortables. Cette domination, ce droit de propriété, n'étant pas réglés uniformément par le pouvoir central, qui n'existait plus à cet égard, prirent une variété infinie, selon le caractère, la volonté, le caprice du seigneur, et selon le plus ou le moins de résistance qu'il rencontrait dans ses hommes de *poeste* ou ses sujets. Nous sommes tellement habitués à l'uniformité dans toutes nos institutions, que ceux qui n'ont pas lu les anciennes chartes ou les terriers des seigneurs, ne peuvent se faire une idée de la diversité qui existait partout. Cette même diversité, jointe à la disette de documents antérieurs au XIIe siècle, rend extrêmement difficile l'exposé des anciennes institutions. On ne peut guère que les conjecturer à la lecture des anciennes chartes d'émancipation des communes.

Le récit de cette émancipation se trouve en tête du tome XI des *ordonnances du Louvre*, dans la belle préface de Brequigny. Augustin Thiery a dramatisé cette narration dans ses *Lettres sur l'Histoire de France*. Mais, quel que soit son mérite, l'intérêt de son récit est bien moins dramatique que celui de Guibert, abbé de Nogent, au sujet de la commune de Laon [2].

Pour arriver à l'organisation des villages, je remarque d'a-

[1] « Les persons sont si diverses qu'on ne pourroit pas trouver el royaume de France deux chastelenies qui tot cas usassent d'une même costume. » Beaumanoir, *Coustumes de Beauvoisis*.

[2] V. Guibert, *De vitâ suâ*, cap. 3, t. X, p. 41 et suiv. — *Collection des mémoires de l'hist. de France*, par M. Guizot.

bord, parmi les nombreuses chartes que j'ai sous les yeux, que celles concernant les villages ne sont venues que plusieurs années après celles des villes de notre province de Bourgogne. La première charte est celle de Tonnerre, en 1172; vient ensuite celle de Dijon, de 1187; celles des petites localités que nous appelons aujourd'hui villages, comme Rouvre, Talant, Salive, Escheveronne, Argilly, ne viennent qu'en 1215, 1216, 1221, 1231 et 1234. Cela s'explique aisément : de même que les villes avaient perdu plus tard leurs libertés et leurs franchises, elles devaient les recouvrer plus tôt que les villages. Dans nos temps modernes, malgré l'uniformité de notre législation, nous avons toujours vu les villes se mettre à la tête des mouvements politiques avant les campagnes.

Une autre remarque à faire, c'est que les mots *villa*, *ville*, sont indifféremment employés pour désigner les communautés villageoises que nous appelons aujourd'hui villages; de telle sorte que ce serait faire la plus étrange confusion que de traduire toujours le mot *villa* par notre mot *ville*. Il en est de même du mot *burgenses*, d'où nous avons fait notre mot *bourgeois;* ce mot est aussi bien employé pour désigner les habitants des simples villages que ceux des bourgs et des villes. Ce mot, dans les chartes de notre province, n'indique pas des habitants d'une condition plus relevée que d'autres, dans le sens qu'un usage plus récent lui a attribué.

Les chartes manuscrites que j'examine embrassent un espace fort étendu, depuis celle de Tonnerre en 1172 et celle de Dijon en 1187, jusqu'à celle de Saint-Rambert en 1442. Dans la plupart de ces actes, c'est le seigneur qui parle en son nom et qui déclare les libertés et les franchises qu'il accorde à ses hommes; il s'énonce comme un souverain qui s'adresse à ses sujets et qui leur octroie des droits; et cependant, en réalité et au fond, on voit que ce sont des actes destinés à régir d'une manière stable et indéfiniment les conventions et les rapports des parties. La forme adoptée était une suite du droit de souveraineté et de propriété que le régime féodal reconnaissait aux seigneurs; chacun d'eux cherchait à imiter la forme et les termes des actes royaux pour faire montre de puissance. Ajoutez que les habitants n'avaient point de sceau et ne pouvaient dès lors participer à l'authenticité de l'acte, qui se faisait par l'apposition d'un sceau, les parties ne se servant pas de notaire et ne

sachant pas signer. Aussi le plus grand nombre de ces actes ne portent pas et ne mentionnent point de signature, même de la part des concédants, mais seulement l'apposition de leurs sceaux, et souvent aussi des sceaux d'autres personnes de condition relevée, tels que l'évêque ou l'archevêque, qui promet de garantir l'exécution de la charte.

Quelques-unes de ces chartes sont accompagnées ou suivies de la confirmation du seigneur suzerain, le duc ou le roi. Cette ratification est exigée par les *Établissements de saint Louis*, liv. II, chap. 3, en ces termes : » Nus vavasor ne gentishons ne puet « franchir son hons de cors en nulle manière sans l'assentement du « baron, ou du chief seigneur, selon l'usage de la cort laie[1]. » Le motif de cette disposition est que, suivant l'ancien droit suivi en France, nul vassal ne pouvait diminuer ni abréger son fief au préjudice de son seigneur; et s'il le faisait, la partie du fief abrégée ou diminuée était dévolue au seigneur, dans le même état qu'elle était avant l'abrégement. Or, comme les hommes de corps faisaient partie des fiefs, il est évident que celui qui affranchissait son homme de corps, éteignait et abrégeait, par cet affranchissement, une partie de son fief, et ainsi ce serf affranchi retournait et était dévolu au seigneur lui-même, et dans le même état et la même condition qu'il était avant l'affranchissement; et de là vient que l'affranchissement du serf ne se pouvait faire, comme il est dit dans le passage cité: « Sans l'assentiment du baron ou du chief seigneur[2]. »

Cette rigueur de déduction logique n'était pas toujours observée, au moins pour les affranchissements des simples villages, et le texte de l'ordonnance de saint Louis ne la formule pas aussi nettement. Aussi voit-on beaucoup de chartes, surtout celles des simples villages, qui ne sont pas revêtues de l'approbation du roi.

Le mot *charte* que notre usage a généralisé pour désigner ces actes, n'est que la traduction du mot *charta*, écrit, papier, parchemin, parce que plusieurs de ces actes commencent par cette formule : « L'usage des lettres a été inventé pour la mémoire des » choses; de là est que ce que nous voulons rendre ferme et » durable, nous le faisons rédiger par écrit. » Souvent ces actes sont qualifiés de *lettres*, *conventions*, *coutumes*, *libertés* ou *fran-*

[1] V. *Collection* d'Isambert, t. II, p. 631.
[2] V. Beaumanoir, *Coustumes de Beauvoisis*, chap. 45.

chises. Ce sont, en effet, de petites coutumes locales, rédigées par écrit, comme les grandes coutumes qui, plus tard, furent mises également par écrit en vertu de l'article final de l'ordonnance d'avril 1453. Il y a cette différence que les premières étaient des transactions qui modifiaient et réformaient l'état de choses antérieur, tandis que les secondes ne faisaient que recueillir les usages pour en faciliter l'application.

Au milieu de l'infinie variété des *chartes* de communes, pour employer l'expression reçue, les dispositions suivantes sont celles que l'on y rencontre le plus ordinairement :

1° La remise de la *mainmorte*, ou quelquefois la simple réduction de cette incapacité de transmettre librement[1] ;

2° La remise de la *taille* arbitraire, ou plutôt sa conversion ou son rachat en redevances annuelles et en corvées fixes et déterminées[2] ;

3° La détermination des amendes qui seront applicables à une multitude de délits et d'infractions prévues ; et, à cet égard, beaucoup de chartes sont, comme la loi salique et d'autres lois barbares, une espèce de Code pénal établi pour éviter l'arbitraire des peines[3] ;

[1, 2, 3] *Nos vero pro his omnibus consuetudinem illam quæ mortua manus dicebatur, et ôdiosa, dura nimis, et importabilis burgensibus ville Trenorchiensis erat, sed et infamis et peregrina videbatur extraneis, sibi suisque successoribus cum bona voluntate et fide remisimus in perpetuum*. Charte du Tournus, de 1202, par l'abbé et le chapitre.

Dictus Hugo (le seigneur) *quitat et dimittit dictis hominibus consuetudinem illam quæ vocatur manus mortua sive caducum. Et pro hac dimissa consuetudine et sicut dictus Hugo poterat tailliare dictos homines ad voluntatem suam, non tailliabit eos nisi usque ad quindecim solidos divionenses... Et sciendum est quod in dictis hominibus nullam insecutionem habet, sed quocumque voluerint de rebus suis vendere possunt vendere et discetere, hoc excepto quod non possunt vendere religiosis hominibus, nec mandatis eorumdem*. Charte de saint Thibault, de 1265, par Hugues de Tyllo.

In burgo nostro et villa Montislupelli remittimus in posterum omnem prestationem tallie, collette, complainte sive pravi usagii gravantis, facimus ipsos liberos et immunes ab omni prestatione tallie, collette, complainte et exaccionis cujuscumque illicite. — Has autem libertates et franchisias supradictas quod pro nobis et successoribus et heredibus nostris damus et concedimus in posterum ville nostro burgo et hominibus Montislupelli pro mille et quingentis libris vien (nensibus). Charte de Montluel, de 1276, par Humbert, seigneur du lieu.

Nota. Je pourrais multiplier à l'infini des citations analogues, qui ne seraient point ici à leur place.

4° Enfin l'autorisation d'élire un maire et des *jurés*, ou un maire et des *échevins* pour jurer *fidelitatem communiæ*, administrer les affaires, répartir les taxes et aussi pour juger certaines contestations. Cette dernière espèce de disposition est celle qui devra surtout attirer notre attention.

En échange des avantages concédés par le seigneur, soit laïc, soit ecclésiastique, la charte stipulait souvent une somme d'argent, considérable pour le temps, payée comptant et dont l'acte portait quittance, ou payable à des termes fixés.

Toujours ces conventions sont des actes intéressés de part et d'autre, de véritables contrats synallagmatiques, que nous appellerions aujourd'hui des transactions ou des concessions à titre onéreux. De même que nos rois ont aliéné soit leurs domaines, soit leurs prérogatives, à titre d'apanages et plus tard à titre d'offices, ainsi les seigneurs aliénaient, à prix d'argent, une partie de leurs prérogatives et de ce qu'ils regardaient comme leur patrimoine.

Comme exemple des singularités des chartes locales, je citerai celle de Fraisne (aujourd'hui Fragne), de 1272, qui fait remise de la mainmorte et réserve la taille haute et basse : « Nos Gi-
« rarz, *par la grâce de Deu*, evesques d'Ostun, facons savoir à
« touz cels qui verront ces presentes lettres, que li religieus home
« labbes et li covenz de Fontenoy de notre diocese hont quitie
« à lor homes de la *ville* de Fraisne, la *mainmorte* que il avoient
« en ladite *ville*, en tel maniere que leschaoite (l'échute) de celui
« qui trépassera de cest siegle (siècle, vie) sans hoir de son cors
« sera es plus pruchiens (prochains) de son linaige (lignage) de-
« morant en ladite *ville* de Fraisne... Et est a savoir que li
« home et les femes de ladite ville de Fraisne remainnent (de-
« meurent) taillauble (taillables) et exploitauble *aut* et *bas* à la-
« dite eglise de Fontenoy..... Et por que tottes ces choses dessus
« dites soient fermes et estables à touz jours, avons fait metre
« notre seal en ces presentes lettres a la requete des parties. Ce
« fust fait en lan de grace mil deus cenz sexante et douze. »

Outre la singularité très-remarquable signalée plus haut relativement à la remise de la mainmorte et à la conservation de la taille, il en est une autre sous le rapport de la forme ; l'évêque d'Autun parle en son nom comme ayant reçu la déclaration des parties, quoique la remise de la mainmorte et les autres conditions émanent d'un couvent. En pareil cas, l'abbé et le

couvent parlent ordinairement en leur nom, et l'évêque ne fait qu'intervenir pour garantir. Du reste, comme c'était l'usage à cette époque : 1° l'évêque s'intitule *par la grâce de Dieu* seulement, sans parler de celle du siége apostolique, comme la formule s'en est introduite dans les temps suivants: Fraisne est qualifié de *ville*, quoique ce lieu n'ait jamais été qu'un petit village[1]; 2° l'acte ne porte que la date de l'année, sans mention de mois ni de jour; cette mention n'ayant été mise en usage que plus tard.

Dans les nombreuses chartes que j'ai sous les yeux, une seule m'a révélé que la justice et le fief ne fussent pas réunis sur la même tête, nonobstant la maxime : *fief et justice n'ont rien de commun*, au développement de laquelle Championnière a consacré une grande partie de son ouvrage sur *la propriété des eaux courantes*[2]; ce qui prouve que, du moins en Bourgogne, l'application de cette maxime était devenue bien rare. L'acte dont je veux parler est de 1356, c'est-à-dire de l'année de la bataille de Poitiers, *le dimanche après la feste de la Chandelouze.* Ce sont des lettres par lesquelles Huguenins, sire de Beligny-sous-Beaune et de Curtil, deux villages, déclare : « ayant été pris es guerres du roy par la main des Anglois, et « ayant accordé (promis) une grande somme de florins pour « ma rançon, les habitans de Beligny soubz Beaune et du Cur- « til, *combien qu'ilz ne soient que mes hommes justiciables*, me « ayent en ceste grand besoin aydié chascun selon sa suffisance, « de laquelle chose et grace, je les en aye remercie..... sans « que au temps présent et au temps a venir ne soient en au- « cune servitude, ains en demeurent et soient quittes perpe- « tuellement..... et que la franchize qu'ilz et leurs devanciers « hoirs estoient au temps passé, qu'en icelle franchize ilz soient « et demeurent perpetuellement[3]. »

Ces lettres ne sont pas un affranchissement ; elles supposent qu'il a été fait antérieurement, et ont pour but d'empêcher qu'à

[1] M. Guérard pense que, dès le VIIIe siècle, on doit entendre en général par *villa* un village avec son territoire. V. *Polyptyque d'Irminon*, t. I, p. 45.

[2] *De la propriété des eaux courantes*, etc., *contenant l'exposé complet des institutions seigneuriales*, 1846.

[3] Je dois avertir le lecteur que les chartes ne contiennent presque aucune ponctuation, et que si j'en ai ajouté quelquefois, c'est pour rendre le sens plus clair et plus facile aux personnes qui ne seraient point familières avec l'ancien langage.

l'avenir on ne puisse s'autoriser du secours gratuit accordé au seigneur par *ses hommes justiciables*, pour les remettre plus tard en état de servitude, en dénaturant le caractère du secours qui aurait pu, sans cette précaution, être présenté ultérieurement comme une *taille* levée par le seigneur sur ses sujets.

J'arrive maintenant au quatrième point qui se rencontre dans les chartes, c'est-à-dire la faculté d'élire un maire (*major*) et des jurés (*jurati*), ayant des pouvoirs plus ou moins étendus. A cet égard, comme dans tout le reste, on ne rencontre rien d'uniforme, rien qui présente un caractère de généralité. Quelquefois la charte suppose l'existence antérieure du maire et des jurés, comme celle de Dijon de 1187, celle de Beaune de 1202, et celle de Montluel de 1231. D'autres fois la charte ne s'occupe pas de l'organisation du régime municipal, quoique renfermant des dispositions très-détaillées, comme celle de Chagny de 1224, et beaucoup d'autres.

Parmi les chartes en assez grand nombre qui mentionnent expressément la faculté d'élire un maire et des jurés ou des échevins, je citerai les suivantes faites pour des communes qui ne sont que de simples villages :

1° Celle de Rouvre de 1215 : « Et est a savoir que li maires « et dui (deux) sergent soulement desous le majour, au regart « des homes de Rouvre, seront estably en la *ville* devant « dite. »

2° Celle de Talant de 1216 : « *Ego Odo dux Burgundie notum « facio presentibus et futuris quod concessi habitatoribus castri « mei de* TALANT *talem libertatem. In primis* UT ELIGANT QUATUOR « HOMINES *qui jurent fidelitatem castri et habitancium in eo, et « talem habeant potestatem et* JURISDICTIONEM *in castro et appen- « diciis suis qualem habent apud Divion major et jurati com- « munie divion, salva tamen castri libertate.*[1] »

3° Celle d'Escheveronne qui n'a jamais été qu'un petit village. On lit dans cette charte de 1231, que, toutes les fois que le seigneur du lieu (le sire de Vergy) recevra des redevances, « *Eligentur quatuor a communitate* VILLE *de ipsa communitate preposito* (le prevôt) *tamen precipue presente Vergeii, qui jurati dicent quantum poterit unusquisque solvere....* »

[1] On remarquera que cette charte accorde à la municipalité d'une petite localité une juridiction aussi étendue que celle qu'avait obtenue la commune de Dijon.

4° Celle d'Argilly de 1234 : « *Item in ipsa franchisia eligentur annuatim ad festum beati Joannis Baptiste, de communi assensu dicte* VILLE, *quatuor homines. Et illi quatuor electi jurabunt fidelitatem dicte* VILLE *et hominibus ejusdem* VILLE.

5° Celle de Couchey, de 1252 : Les habitants « *Confessi sunt* « *predicti homines se servos esse de conditione mansata et de* « *manumortua et de potestate et fisco dominorum suorum, Hu-* « *berti et Alaidis, in quibus possunt facere voluntatem suam.* » La charte ne fait pas remise de cet état de servage. Nonobstant cette condition servile, elle suppose l'existence antérieure d'un maire, et ajoute que les seigneurs (Hubert le Pitois et sa femme) « *Sponte et in bona pace concesserunt communiam in perpetuum habendam et talem libertatem ut eligant duos de eisdem hominibus supradictam terram perpetuo commorantibus qui jurent fidelitatem intra manus supra dicti majoris dictorum dominorum, pro cura quam habere debent de negotiis ecclesie et communie.* »

Il résulte de ces mots : *majoris dictorum dominorum*, que le maire était non le syndic des habitants, mais l'homme des seigneurs ; ce point, du reste, ressort encore plus clairement d'une autre phrase de la même charte, dans laquelle, après l'énonciation des redevances à payer par les habitants au seigneur, il est dit : «*Qui aliter fecerit casatus et gagiatus per cla-* « *morem et justitiam* MAJORIS SUI, *aut ejus qui vicem aget dicti* « *domini implacitare et forefactum emendare in LXV solidos,* « *præter damnum.* » Il est manifeste que les mots *per clamorem et justitiam majoris sui*, qui se rapportent à la justice exercée *par le maire du seigneur*, caractérisent la nature des pouvoirs d'un juge seigneurial. Je donnerai tout à l'heure l'explication de cette anomalie, qui choque radicalement nos idées modernes, mais qui se rattache à l'origine des maires, et sans laquelle on ne peut pas comprendre les dispositions des chartes de communes.

6° La charte d'Iranci (près d'Auxerre), de 1252 ; on y lit : « Les autres personnes dessus nommées, seigneurs de la ville « de Iranci, donne plain pouvoir ausdiz bourgois de Iranci que « chacun an il puissent *eslire entre aux* (un mot illisible, « qui paraît être *deux* ou *six*) *proudhommes* daux mesmes « bourgois aux diz seigneur qui seront jure a faire et a traictier « bien et loyaulement a leur pouvoir pour les commun toutes

« les choses et une chacune contenues en ceste presente « chartre. »

7° Celle de Milly-sur-Dun, 1296, : « Et doient mi bourjois [1] « de Milly desous dit *faire un majour, quatre eschevins et un « doyen*, chacun an le jour de la pentechoute, et se il ne les « fassoient celui jour pasivelement, je les feroie et porroie faire, « le demain ou mes comandemens. »

8° Celle de Courgy, de 1311 : « Je..... vuil et oitroy que je « ou mes commandements eslits six prudhommes de mes « *bourgois*, de Courjy, liquel six prudhommes seront jurés en « ma main ou la main de mon commandement à faire la taille « antiques... » On rencontre ici une anomalie, en ce que les prud'hommes seront élus par le seigneur ou son représentant, au lieu de l'être par les habitants.

9° Celle de Viguory, de 1319; elle commence ainsi : « Jehans « de Dampierre, sire de Saint-Disier et de Wangnory, escuiers, « et damoiselle Aalis de Aufemont, sa femme, dame desditz « lieux, salut à notre seigneur. Sachent tuit que nous, « en conseil et délibération a nos amis avec les saiges, pour « notre évident profit et de nos hors, considérées et entendues « les bontés, les courtoisies et les servises que la bonne gent et « habitant soient notre homme ou autre de la ville de Wangnory « ont fait a nous et a nos antecessours et faire ne cessent de « jour en jour *et parmy diz et huit cens livres que nous avons « eues et recues* de ladite bonne gent et habitans desquelx nous « nous tenons pour bien paie et les en clamons quites, nous « Jehans de Dampierre et damoiselle Aalis, sa femme, dessus « dit, franchissons et avons frachi, manumetons et avons « manumis tous les habitans présens et advenir de la dite « *ville* [2] de Wangnory, de toutes *tailes* (tailles), charrois et « courvées, exactions des chevauchies, et de toutes autres ser- « vitudes, retenu tant solement par devers nous ceu qui san- « suit. Premièrement li bourjois et habitans de Wignory *esliront « chacun an*, par l'assentement dou signour ou de celluy qui en « sadite *ville* sera pour lui, le jour de la feste Saint-Remy « ou chief d'octembre, *quatre eschevins des bourjois de la dicte*

[1] On voit ici, comme ailleurs, le mot *bourgeois* appliqué même aux habitants d'un village.

[2] On voit ici, comme habituellement, le mot *ville* employé pour désigner un village.

« VILLE, et non autres et ni pourra avoir deux freres ensemble [1], « *et jureront*, présent le signour ou celui qui en la dite *ville* sera « pour luy, *qu'ils garderont seulement les drois, les privileges* « *et les libertés de la dite* VILLE. »

10e Charte de Meuvy, Bassoncourt et Vaulx-sous-Clermont, de 1333 : « Nous..... avons affranchis, abonnés et acquittés, « affranchissons, abonnons et acquitons..... a toujourz mes « en perpetuitey de toutes tailles hautes et basses, de toutes « mortemains et de tous fuermariaiges, de toutes surprises, de « toutes subventions, de toutes servitudes et de toutes serves « conditions tous les dis habitans des dictes VILLES de Meuvy « et de Bassoncourt, leur femmes, leur enfans, tous leur hers « présens et advenir, et tous aultres demorans et residens es « dictes *villes* ou temps présent et tous aultres qui y demorront « et resideront ou temps avenir lour et leur hers, en la forme « et maniere que sensuit....

« Et ai et aurai lidi sires pour luy, pour ses hoirs et succes- « seurs, signours desdictes VILLES, a toujours en perpetuitey, « sur lesdites *villes*, sur les finaiges dyceles, sur tous les ha- « bitans dyceles, sur leur hers et leurs successeurs, sur leur « biens presens et a venir, ranc, ban, justice, signeurie grande « et petite, *esquelles villes lidiz sires metra majeurs et sergens* « *tielx comme il li plaira*; c'est à savoir que en la *ville* de « Meuvy un *majeur et un sergent, et en la* VILLE *de Bassoncourt* « *un majeur et un sergent tant seulement*, liquel majeur et ser- « gent feront sairement en la main doudit seigneur de garder « bien et loyalement le droit doudit seigneur et desdiz habi- « tans. »

D'après les passages cités, on voit que souvent les chartes d'émancipation ont pourvu à l'organisation des communes, même pour les simples villages, qui sont toujours appelés villes; mais il est manifeste que ce n'était pas là le but de ces chartes; souvent il n'en est pas fait mention; quelquefois la nomination du maire et des jurés, ou échevins ou sergents, est retenue par le seigneur; elle a lieu aussi bien dans l'intérêt du seigneur, auquel ils jurent fidélité au nom de la masse des habitants, que dans l'intérêt des habitants, dont ils doivent garder les franchises et

[1] Cette disposition a été reproduite dans nos lois modernes. V. notamment la loi du 5 mai 1855, art. 11.

les priviléges. On voit même dans certaines chartes l'existence, au moins d'un maire, antérieure à la convention du seigneur avec ses hommes, comme je l'ai fait remarquer au sujet de la charte de Couchey, de 1311.

L'explication de ce fait est très-simple quand on se reporte à l'origine de l'institution du maire, *major*. « Chez les Romains, dit M. Guérard, le *villicus* était un esclave qui remplissait, dans la terre de son maître, les fonctions d'intendant, et qui commandait aux autres esclaves... Cet officier est le même que nous retrouvons au moyen-âge, sous son ancien nom de *villicus*, ou sous le nom nouveau de *major*; son office est appelé *villicatio, majoria, majoratus, villenagium*, de même que le territoire qu'il administrait » [1].

Le plus ancien texte de la loi saliqne tarife le vol ou le meurtre d'un maire à XXXV *solidi*. *Si quis majorem... vel ministerialem furaverit, aut occiderit, vel vendiderit... sol. XXXV culpabilis judicetur* [2]. Au sujet de ce texte, Cauciani dit que le maire, *major*, était le premier des serviteurs, ce que les Français appellent le *maître d'hôtel* [3].

Les Capitulaires font souvent mention des maires. Charlemagne, dans son fameux capitulaire *De villis*, défend de donner aux maires un territoire plus étendu qu'ils n'en peuvent parcourir et visiter en un jour [4]. Plus loin, il défend de choisir des maires parmi les hommes puissants, dans la crainte sans doute qu'ils n'abusent du crédit qu'ils tireraient de l'union de leur charge à leur position sociale [5]. Dans un autre capitulaire, il trace les devoirs des maires ou *villici*; et l'on voit que c'étaient de véritables intendants [6].

[1] V. *Polypt. d'Irm.*, t. I, p. 442. Ducange, Glossar. v^is *Majores villarum*. V. aussi l'épître d'Horace, *Ad villicum suum*, lib. I, XIV.

[2] V. L. salic., XI, 6, dans Walter, t. I, p. 22.

[3] *Primus ex famulis, sive servis melioris conditionis*, MAJOR SCILICET DOMÛS, *qui domui seu famulis præest;* Gallis, *Maître d'hôtel*. V. Barbar., Leg. ant., t. I, p. 35.

[4] *Majores viro amplius in ministerio non habeant, nisi quantum in una die circumire, aut prævidere potuerunt.* Capitul. *an.* 800, c. 26, dans Walter, t. II, p. 135.

[5] *Nequaquam de potentioribus hominibus* MAJORES *fiant, sed de mediocribus qui fideles sint.* Ibid., c. 60.

[6] *Ut villicus, bonus, sapiens, et prudens in opus nostrum eligatur, qui sciat rationem misso nostro reddere et servitium perficere prout loca locata sunt, ædificia emendent, nutriant porcos, jumenta, animalia, hortos;*

Dans les lois des Visigoths, il est évident que les maires ou *villici* remplissaient un office public; ils sont ordinairement compris dans l'énumération des officiers publics: *Nullus comes, vicarius, villicus, præpositus... usurpare præsumat ante judicium* [1]. M. Guérard pense que chez les Francs, les fonctions des maires se sont renfermées davantage, au moins sous les deux premières races, dans ce qui concerne l'agriculture et l'économie domestique [2]. On peut opposer à cela les nombreux maires du palais, et notamment les générations de la race des Pépin qui ont successivement occupé la charge de *maire* du palais avant l'avénement de Pépin le Bref à la couronne. Les *maires* du palais étaient les intendants ou les officiers suprêmes, comme les *majores* des bourgades ou des domaines royaux étaient les officiers inférieurs. Du reste, il suffit de lire le capitulaire de Charlemagne *De villis*, déjà cité, pour voir que les *judices* de ce temps-là n'étaient également que des intendants supérieurs aux *majores* et chargés des plus minutieux détails de l'administration rurale et domestique. Il est impossible, tant ces détails sont minutieux, de s'en faire une idée quand on ne les a pas lus. En voici un échantillon : — Les juges des domaines de Charlemagne devaient veiller notamment à l'entretien des viviers, des vacheries, des porcheries, des bergeries, des boucs, des chèvres et des chiens [3]; nourrir des poules, des oies, des paons, des faisans, des canards, des pigeons, des perdrix, des tourterelles, des vautours et des éperviers [4]; cultiver dans les jardins, toutes sortes de plantes, telles que lis, rosiers, sauges, melons, citrouilles, haricots, pois chiches, laitues, persil, carottes, panais, navets, oignons, poireaux, fèves, cerfeuil, etc.; toute espèce d'arbres, tels que pommiers, poiriers, sorbiers, néfliers, noyers, coignassiers, cerisiers, etc [5].

Les maires devaient aider les juges dans tous ces offices, comme étant leurs subordonnés [6]. Il n'est donc pas étonnant

apes, aucas, pullos, vivaria cum piscibus, vennas, molina, stirpes, terram aratoriam studeant femare. CAPITUL. *an.* 813, c. 19; Walter, t. II, p. 263.

[1] L. Visigoth., VIII, 1, 5, dans Walter, t. I, p. 576.

[2] V. *Polypt. d'Irm.*, t. I, p. 445.

[3] CAPITUL., *De villis*, c. 21, 23.

[4] *Ibid.*, c 18, 19, 36 et 40.

[5] *Ibid.*, c. 70. Je supprime un grand nombre de légumes et d'arbres, dont la nomenclature serait intéressante pour nos horticulteurs.

[6] *Ibid.*, c. 36 et 58.

que les fonctions des maires aient une apparence trompeuse de services privés, puisque les *judices* avaient des attributions exactement de même nature, mais seulement dans un degré hiérarchique supérieur. Cela suffit pour prouver que l'observation ci-dessus de M. Guérard n'est pas fondée.

Pour le dire en passant, un pareil mode d'administration fut l'une des causes principales, et jusqu'ici non remarquée, de la décentralisation du pouvoir sous les successeurs de Charlemagne. Il était de toute impossibilité qu'un empire qui était plus étendu que celui de Napoléon quand il allait de Rome à Hambourg, subsistât avec un pareil mode d'administration; il fallait de toute nécessité, que l'empire se démembrât ou que le mode d'administration changeât; c'est la première branche de l'alternative qui était la plus simple et la plus facile à exécuter, et c'est elle qui s'est réalisée.

Non-seulement les rois avaient des maires; les monastères et les grands propriétaires en avaient aussi. M. Guérard s'occupe des maires de l'abbaye de Saint-Germain-des-Prés qui figurent dans le *Polyptyque* de l'abbé Irminon [1]. Le mot majordome, *majordomus*, est un témoignage historique de l'emploi que les anciens faisaient du mot *major*, pour désigner le chef d'une branche de service.

Ceci posé, on comprendra facilement comment, sous le régime de la féodalité, le nom de maire, *major*, se soit conservé, puisqu'il désignait un officier d'un rang intermédiaire entre le vicaire du comte et le prévôt; et, dès lors, on s'explique parfaitement l'existence d'un maire chargé, au temps de l'émancipation des communes, de l'administration d'un village, pour le compte du seigneur, comme à Couchey, ou sans désignation d'emploi caractérisé, comme on le voit dans d'autres chartes.

Il arriva, sous le régime féodal, quand toutes les fonctions se convertirent en propriété et devinrent héréditaires, que, dans les villages, les *mairies* le devinrent également, ainsi que l'atteste Ducange : *in villis porro seu vicis privatorum, vel nobilium, erant majoriæ ut plurimum hereditariæ, et in feodum tenebantur* [2]. La place de maire, dit M. Guérard, comme beaucoup d'autres places, après avoir été un emploi domestique et servile, devint, dans le moyen âge, un bénéfice, un revenu, une

[1] V. Guérard, *Polyptyque*, t. I, p. 445 et suiv.
[2] V. Glossarium, v^is *Majores villarum*.

propriété. Ce fut alors une institution féodale, qui profitait principalement au titulaire et très-peu aux habitants. Le maire cessant d'être fait pour les *villes*, les regarda bientôt comme faites pour lui. Son affaire était bien moins d'administrer un village que d'y percevoir des droits et d'y exiger des services. Plus tard, l'affranchissement des communes fit sortir les offices ruraux de l'intérêt des personnes pour les rattacher à l'intérêt général; ils changèrent ainsi de caractère et s'élevèrent de la propriété privée à l'administration publique [1].

Par la succession des temps et par l'usage, le mot *maire* servit à désigner plus habituellement l'administrateur de la commune, tandis que le mot *prévôt* continua d'être employé pour désigner un officier royal ou seigneurial. Toujours est-il que rien de plus certain et de mieux démontré que l'origine de nos maires actuels et leur filiation qui les rattache aux *majores* et aux *villici*, des lois barbares et des capitulaires.

Quant au caractère des institutions municipales sorties de l'émancipation des communes, « il faut, suivant M. Guérard, distinguer avec soin les institutions municipales qui remontent aux Romains, des institutions communales qui ne datent que des successeurs de Hugues Capet. Les premières sont vraiment romaines, les secondes sont purement féodales; les unes rappellent la cité, et les autres le fief [2]. »

En partant de cette idée qui me semble exacte, mais qui n'est qu'ébauchée, voici mon opinion sur les municipalités du XIIe siècle : On doit considérer comme la suite du régime romain les municipalités des villes du midi de la France, dans lesquelles le système du la curie *curia, ordo curiorum*, s'est maintenu nonobstant l'invasion des barbares et l'établissement de la féodalité. Mais pour la plupart des villages, surtout du nord et de l'est, le régime municipal sorti de l'émancipation des communes, est d'origine franque et se rattache au maire, *major*, des lois barbares et des capitulaires.

On oppose quelques actes qui supposent l'existence des curies, après l'invasion germanique, dans des localités de médiocre importance, tels que le testament de Wilbrad, abbé de Flavigny, fait à Semur en Auxois, en 721, et ouvert devant

[1] V. *Polypt. d'Irm.*, t. I, p. 456.
[2] V. le *Polypt. d'Irm.*, par Guérard, t. I, p. 208.

la curie, et celui de Tello, évêque de Coire en Rhétie, en 766[1]. Ces actes ne me touchent pas, pour plusieurs raisons. Ils sont antérieurs à la révolution opérée sous les Carlovingiens, qui a décentralisé le pouvoir et donné naissance à la féodalité; et c'est cette révolution, bien plus que la conquête germanique, qui a bouleversé les institutions locales, en rendant chaque officier public maître et presque souverain dans sa terre et dans sa seigneurie. L'effet de ce régime a été l'introduction d'une infinie variété dans chaque localité, sous le rapport des usages, des coutumes, au point de vue des personnes, des terres et des institutions; de sorte que rechercher de l'universalité sous un pareil régime, c'est se livrer à la recherche de la pierre philosophale. Par conséquent, l'existence, dans telle ou telle localité, de vestiges du régime municipal romain, même en plein moyen âge, ne suffirait pas pour en induire le maintien général de ce régime dans l'ensemble des villages et sa résurrection aux XIIe et XIIIe siècles. Ce qu'il faut considérer, c'est la nature, le caractère et la dénomination des institutions des communautés villageoises sorties des chartes appelées d'émancipation. Or, la lecture de ces actes doit convaincre toute personne non prévenue, et qui aura étudié les *majores villarum* dans les Capitulaires et dans le *Polyptyque* d'Irminon, que les mairies nouvelles n'ont pas d'autre origine que celle-là.

La réflexion et le raisonnement viennent à l'appui des faits : car il est impossible de se faire à l'idée d'un pouvoir municipal fortement organisé pour représenter des serfs et des vilains, taillables à merci et volonté, en présence de leur seigneur qui cumulait sur eux tous les pouvoirs possibles. L'affranchissement des personnes, l'extension du droit de propriété, et la libre disposition des biens par la suppression ou la diminution de la mainmorte, ont fait naître des intérêts qui ont eu besoin, pour se sauvegarder, d'être défendus par des représentants officiels des communautés d'habitants. De là sont venues la transformation des maires (*majores*) et la renaissance des jurés (*jurati*). Les seules dénominations, que l'on voit apparaître dans les chartes d'émancipation, prouveraient, au besoin, que ces agents sont étrangers à l'ordre aristocratique des décurions, qui n'a pu se maintenir sous le régime pur de la féodalité.

[1] V. ces actes cités par M. de Savigny, *Hist. du droit rom.*, t. I, p. 245, d'après Mabillon.

Rien n'est plus antipathique que l'idée d'un décurionat dans les villages en présence du seigneur féodal, despote souverain et absolu de ses sujets.

Il importe de remarquer que l'organisation municipale dans les villages ne se faisait que par des actes spéciaux, émanés des seigneurs locaux, sous la réserve du droit de confirmation au roi ou chef-baron, en vertu de la disposition des *Établissements de saint Louis* cités plus haut (V. page 7). M. le comte Beugnot paraît avoir cité les lettres patentes de Charles VI, du 1er novembre 1380, comme le premier monument qui aurait imprimé au régime municipal un caractère de généralité[1]. Ces lettres patentes établissent le duc de Berry, lieutenant du roi dans le Languedoc avec des pouvoirs très-amples, et notamment elles lui confèrent l'autorisation : « *Privilegia, franchisias et libertates quorumcumque consultatuum, universitatum locorum et personarum sue predicte locumtenencie* (de sa lieutenance), *confirmandi et approbandi, ipsa aliaque seu alias de novo eisdem auctoritate nostra, prout viderit expedire, concedendi et ampliandi*[2]. Je ne sais si je m'abuse, mais je ne vois rien dans cette délégation du roi Charles VI à son oncle, de confirmer ou de donner des franchises, d'où l'on puisse inférer un caractère de généralité dans l'organisation des communautés rurales. Le roi délègue un pouvoir qu'il considérait comme appartenant à sa couronne, pour être exercé dans une province de son royaume, et voilà tout ce qui résulte de ces lettres.

Pour démontrer une loi générale qui crée un maire dans chaque ville et *communauté* du royaume de France, il faut arriver à l'édit du 27 août 1692, qui porte : « Etablissons, en » titre d'office formé et héréditaire, en chacune ville et *com-* » *munauté*, de notre royaume, un notre conseiller-maire de la » ville et *communauté*... »

On peut objecter que cet édit ne fait qu'enlever aux com-

[1] Je puise cette citation dans l'*Histoire du droit français*, par M. Laferrière, t. IV, p. 141, qui dit l'emprunter à un savant travail de M. Beugnot, *sur les communautés rurales*, publié dans la *Revue française*, t. IX, p. 81, année 1839. Je regrette beaucoup de n'avoir pu trouver un seul exemplaire de cette *Revue*, afin d'y lire ce travail que je ne connais en aucune façon.

[2] V. *Ordonn. du Louvre*, t. VI, p. 529. — Isambert, *Recueil des lois franç.*, t. VI, p. 545.

munes le droit d'élection, pour le convertir en office à la nomition du roi ; ce qui suppose la préexistence antérieure des maires.—Sans nier la portée de l'objection, il suffit de jeter les yeux sur le préambule de l'édit, pour voir qu'il n'y avait point alors de maire dans toutes les communautés ; car on y lit : « *Et à l'égard des lieux où les maires ne sont point établis,* « chacun de nos juges voulant s'en attribuer la qualité et les « fonctions, etc[1]. »

L'édit de mars 1702 a créé dans chaque paroisse où il n'y avait point de maire, un syndic perpétuel. On lit dans le préambule : « L'établissement des maires et assesseurs créés par « notre édit du mois d'août 1692, a paru si utile dans tous les « lieux où ces offices ont été établis, que, depuis que nous « avons permis aux villes et *communautés* de les rembourser, « il ne s'en est trouvé qu'un très-petit nombre qui ait fait « usage de cette faculté, ce qui nous donne lieu de croire que « nous ne pourrons rien faire de plus utile que d'autoriser l'é- « tablissement de semblables offices dans les villes et bourgs « où ils n'ont point encore été établis, *et même d'introduire* « *dans tous les autres lieux de notre royaume,* un ordre pareil, « établissant *dans chaque parosse* UN SYNDIC *perpétuel* pour avoir « le soin de l'administration des affaires des *communautés*[2]. »

On trouve d'autres édits pour l'organisation des *villes et bourgs* dont on peut voir le détail dans l'*Histoire du droit municipal* par M. Raynouard, t. II, p. 337 et suiv., et dans une excellente brochure intitulée : *Une province sous Louis XIV*, par Alexandre Thomas, qui représente l'état de notre province de Bourgogne à cette époque.

L'acte le plus important sur ce sujet est l'édit du mois de mai 1765 portant règlement pour l'exécution de celui du mois d'août 1764 dans *les villes et principaux bourgs du royaume*[3].

Le plus grand obstacle à l'organisation d'un régime municipal parfaitement uniforme dans les villages avant la révolution, était la mainmorte qui a subsisté dans un certain nombre de villages jusqu'à la loi célèbre du 4 août 1789, qui l'a supprimée complétement. Or un régime municipal régulier et uniforme est difficilement compatible avec l'existence de la

[1] V. Isambert, t. XX, p. 158.
[2] V. Isambert, t. XX, p. 406.
[3] V. Tome XXII, p. 434.

mainmorte. Aussi n'existait-il pas de mot dans le langage juridique pour exprimer l'idée que nous attachons aujourd'hui au mot de *commune*. On employait les mots de *communauté*, ou de *paroisse*, pour désigner les communes rurales ou les villages. Comment donc étaient représentés autrefois les habitants des villages dans les actes importants de la vie civile? L'ouvrage qui m'a offert le plus de détails sur ce point est, avec la lecture d'un certain nombre de terriers, *le Traité général du gouvernement des biens et affaires des communautés d'habitants*, par Lapoix de Fréminville [1]. En voici quelques extraits:

« Les habitants d'une ville, paroisse et communauté ne peuvent régulièrement s'assembler pour les affaires qui regardent l'intérêt de la communauté sans la permission du seigneur haut justicier : c'est ce qui est porté par différentes coutumes, et entre autres par celle de Bourgogne-duché, tit. 12, art. 6 [2], comté, chap. 15; Auvergne, tit. 2, art. 6 et 7; Nivernois, chap. 1, art. 7, et autres. Les deux premières disent qu'au refus du seigneur, ils se pourront adresser au prince, c'est-à-dire à ses officiers qui sont du bailliage ou de la sénéchaussée, ce qui est général pour toutes les communautés du royaume. Cette maxime est de droit public, et est générale en France, même en pays de droit écrit, que les habitants ne se peuvent assembler sans la permission de leur seigneur ou de ses officiers de justice [3]. »

Le juge était ici le représentant du seigneur, et il faisait les actes administratifs aussi bien que les actes judiciaires, par la raison que, dans l'ancien droit français, comme dans le droit romain, on ne connaissait guère la distinction entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire.

« A l'égard du lieu où doivent se faire ces assemblées, il est déterminé par les ordonnances ; M. Bretagne, dans ses *Observations sur la coutume de Bourgogne*, tit. 12, art. 6, dit que les assemblées des habitants doivent se faire dans un lieu public tel que l'auditoire où se rend la justice, ou autres endroits

[1] Paris, 1740.

[2] Voici le texte de notre coutume, tit. 13, et non 12, art. 6 :

« Gens de Poetry ne se pouent assembler ni faire gistes ni collecte sur « eux, ni faire ou passer procuration sans l'autorité et licence de leur sei- « gneur haut justicier, et en son refus et delay doivent recourir au prince « ou à ses officiers. »

[3] V. La Poix de Fréminville, ouvrage cité, p. 186.

où l'on a coutume de tenir les plaids; que c'est ce qui est prescrit par l'ordon. d'Henri II du mois de juin 1559, art. 7, qui fait défense de faire aucunes assemblées, traiter ou délibérer des affaires publiques en maisons ou lieux privés et particuliers, ains aux maisons de ville et lieux publics destinés à ce faire, sur peine de nullité des dites assemblées [1].

« C'est dans ces assemblées, comme le dit au même lieu M. Bretagne, convoquées de l'autorité du juge du lieu, et dans un lieu public, que les habitants doivent nommer les asséurs, collecteurs, syndics, marguillers, fabriciens et messiers; c'est dans cet endroit qu'ils doivent prêter serment ès mains du magistrat, sans que les archidiacres et curés doivent s'en mêler, parce que leur administration est toute temporelle [2]. »

« La convocation des assemblées se faisoit anciennement par un à savoir, de l'autorité du juge, au prône de la messe paroissiale; mais depuis la déclaration du roi du 16 décembre 1698, qui dispense les curés de publier aucunes choses temporelles à leurs prônes, même concernant les affaires du roi, les curés ne veulent plus faire de publications à leurs prônes, au moyen de quoi l'on est obligé de faire à savoir les assemblées par une publication que l'on fait faire à l'issue de la messe paroissiale, le peuple sortant, par un sergent, qui en donne un certificat contrôlé » [3].

Pour se faire une idée de l'état de choses ancien dans nos villages, il faut se rappeler que les fonctions si nombreuses et si variés qu'exercent aujourd'hui les maires ne leur appartenaient pas autrefois. Ainsi, la tenue des actes de l'état civil était aux mains des curés; la police était exercée par les officiers du seigneur; les contestations étaient portées devant les juge ou prevôt qu'il instituait; les amendes étaient applicables à son profit, ou au profit de celui à qui il affermait ses droits. Le seul droit, à peu près, réservé aux habitants dans la plupart des villages, consistait dans la nomination des messiers, des vigners et forestiers, commis à la garde des champs, des vignes des particuliers, des bois appartenant à la communauté. Lorsque les habitants se trouvaient dans la nécessité d'entreprendre des travaux d'utilité publique, de vendre ou d'échanger quelque

[1] V. La Poix de Fréminville, p. 188.
[2] *Ibid.*, p. 188.
[3] *Ibid.*, p. 189.

portion de biens communaux, d'intenter ou de soutenir un procès, de faire des reconnaissances au terrier de leur seigneur, la résolution était prise en assemblée générale ; et son exécution était confiée ordinairement à deux ou plusieurs d'entre eux à qui ils conféraient le titre de procureurs ou syndics de la communauté [1]. Dans les derniers temps, le village nommait deux ou plusieurs de ses membres qui, sous le nom de procureurs ou d'échevins, veillaient à ses intérêts, mais ne pouvaient rien entreprendre sans une procuration spéciale [2].

Voilà ce qui arrivait le plus ordinairement dans ceux de nos villages qui n'avaient point obtenu de chartes de communes. Au surplus, ce sur quoi on ne saurait trop insister, c'est sur le défaut d'uniformité absolu dans le régime municipal des villages avant la révolution de 1789, qui opéra une grande et radicale émancipation.

Quand au nombre d'habitants dont devait être composée la réunion pour constituer une assemblée régulière, les anciens auteurs étaient fort embarrassés pour s'entendre à ce sujet; et cela se conçoit aisément en l'absence de dispositions légales sur ce point. Voici quelle était l'opinion de Lapoix de Fréminville : « Quant au nombre d'habitants dont une assemblée doit être composée pour que la délibération soit valable, selon Jean le Pain, de Bourges en Berry, dans son *Praticien français*, chap. 27, de l'édition de 1622, p. 142, il dit : « Qu'un procu-« reur d'habitans doit avoir procuration pour le moins de dix « pour faire un peuple, ce qu'elle porte faisant et *représentant « la plus grande et saine partie*; car, dit cet auteur, ils seroient « réputés particuliers sans ce nombre. » L'article 7 du chapitre Ier de la coutume de Nivernois, porte : « Peuples et su-« jets, outre ce nombre de dix, *s'ils n'ont de ce charte et pri-« vilége* ou *s'ils n'ont corps et communauté approuvée*, ne se « pourront assembler, passer procuration, ni imposer, ni faire « assiette sur eux, pour quelque affaire que ce soit, sans l'au-« torité du seigneur haut justicier, et, s'ils le font, l'acte est nul, « et sont amendables d'amende arbitraire envers ledit seigneur « haut justicier.

« C'est une maxime constante que le nombre de dix habitants

[1] C'est à cela que se rattachent les procureurs syndics, établis par les lois, des 14 et 22 décembre 1789, organiques des communes et des départements.

[2] V. *Notice sur Fixin*, par M. Vienne, ancien archiviste ; Dijon, 1847.

fait un peuple, ainsi qu'il est dit ci-dessus, et qu'il est rapporté dans le *Mémorial alphabétique* des choses concernant la justice, la police et les finances au mot DIX. La Vieville, dans son *Traité des élections*, chap. 36, dit que ce nombre est suivant les maximes et les arrêts de la Cour des aydes [1].

« Il y a cependant des cas où dix habitans dans une communauté où il y en auroit cent et plus, ne seroient pas suffisans, s'il s'agissoit, par exemple, d'un emprunt considérable, ce qui seroit contracter une dette, de passer transaction pour terminer un procès intéressant; en ces cas, il faudroit au moins les deux tiers des habitans, c'est le sentiment de Bacquet, *Des droits de justice*, chap. 29, nomb. 22 et 23, de Tronçon sur l'art. 61 de la coutume de Paris, et de Legrand sur la coutume de Troyes, art. 64, nomb. 34.

« Mais s'il s'agissoit d'aliéner partie de leurs communaux, bois, pâturage, ou même de traiter avec leur seigneur, s'assuettir à un droit de banalités, de fours, de moulins, corvées et autres servitudes, il faut que tous les habitans soient assemblés sans exception, parce que l'exécution s'en fait *ab omnibus ut à singulis;* chacun y est pour soi et paye de sa personne ou de son argent; parce qu'il est de principe que toutes les fois qu'il s'agit d'une chose qui appartient à tout un corps, non comme corps, mais comme appartenante à chacun des membres en particulier, qui perd quelque chose ou est assujetti personnellement, il faut le consentement de tous; c'est le sentiment de Ferrière sur Paris, art. 71; de Duplessis, liv. VIII, chap. 2, *Des fiefs;* de Brodeau, sur l'art. 71 de Paris, nomb. 2, 3, 4; c'est la distinction judicieuse de Godefroy sur la loi 19, ff., *Ad municipalem*... C'est ce qui a été jugé au parlement de Dijon, par arrêt rapporté par Bouvot, t. II, v° *Communauté*, question 37, qui a jugé que les pâquis communaux ne peuvent être aliénés que par le consentement de tous les habitans, parce que *Quod omnes tangit, ab omnibus approbari debet* [2]. »

J'ai cité ces passages pour prouver dans quel abîme de difficultés l'absence des règles écrites sur la représentation des communautés d'habitants jettait les auteurs et la jurisprudence quand on arrivait à la pratique des affaires. J'aurais pu multi-

[1] V. La Poix de Freminville, ouvrage cité, p. 190.
[2] V. Freminville, ouvrage cité, p. 191.

plier les citations à l'infini pour étaler le chaos qui en résultait[1].

La loi du 14-18 décembre 1789 a fait cesser cette confusion, en établissant un régime uniforme pour toutes les communes (Paris excepté). Mais le texte de la loi nous révèle tout l'embarras du législateur pour trouver un mot qui exprimât l'idée, alors nouvelle, de la chose qu'il voulait créer : car le mot *commune* n'existait pas dans le sens légal que nous lui donnons aujourd'hui; il emportait l'idée d'une communauté d'habitants qui avait obtenu une charte de franchises ou de libertés de son seigneur. Si l'on recourt à l'ancien *Répertoire de jurisprudence par Guyot*, v° Communes, voici ce qu'on y lit : « Ce mot a deux » acceptions bien différentes. La première désigne les forêts, les « prairies et autres terres appartenantes à des *communautés*. La « seconde désigne ces associations ou confédérations qui, pen- « dant le XIIe siècle, s'élevèrent en France et s'y établissaient « sous la foi du serment, pour défendre leurs villes, leurs ter- « ritoires et leurs personnes contre la tyrannie des seigneurs « féodaux. »

Aussi la loi organique des municipalités du 14-18 décembre 1789 emploie-t-elle ordinairement les mots *ville*, *bourg*, *paroisse* ou *communauté*, à la suite l'un de l'autre, pour exprimer l'idée de la commune qu'elle constitue et organise (v. art. 1, 5, 25). Cependant on y trouve déjà le mot *commune* employé seul (v. art. 26 et suiv.). Le même embarras de langage se révèle dans la loi organique départementale du 22 décembre 1789-janvier 1790, dont l'art. 7 porte : « Il y aura une municipalité « en chaque *ville*, *bourg*, *paroisse* ou *communauté de cam-* « *pagne*. » Cette phraséologie s'est maintenue pendant d'assez longues années dans le langage du législateur; on la rencontre encore dans la loi célèbre du 28 pluviose an VIII, dont l'article 4 donne au conseil de préfecture le droit de prononcer « sur les demandes qui seraient présentées par les *communau-* « *tés des villes*, *bourgs* ou *villages*, pour être autorisées à « plaider. »

Cependant il était intervenu un décret-loi spécial, en date du 10 brumaire an II (31 août 1793), par lequel « la Convention

[1] On peut voir notamment Bannelier sur notre coutume de Bourgogne, t. VIII, p. 464. — Bouhier, chap. 61, n° 25. — Henrys, t. II, p. 585, col. 2. — Freminville, *Pratique des terriers*, t. II, p. 247.

« nationale, sur la proposition d'un membre, décrète que toutes « dénominations de *ville, bourg et village*, sont supprimées, et « que celle de *commune* leur est substituée. » Voilà le texte officiel qui a imprimé à nos communes actuelles la dénomination qui est aujourd'hui si bien vulgarisée, que le public n'en comprend pas d'autres, et qu'il est tenté de croire qu'il en a toujours été ainsi. On a pu voir combien son erreur serait grande.

En terminant cette étude, j'éprouve le besoin de remercier publiquement M. Rossignol, le savant conservateur de nos riches archives provinciales et départementales, dont l'obligeance m'a suggéré l'idée de ce travail, et d'exprimer le vœu de voir imprimer, aux frais du département de la Côte-d'Or ou de la ville de Dijon, les chartes encore inédites réunies par lui. Cette publication formerait un complément fort intéressant aux recueils de Pérard [1] et de Perreciot [2]. Il serait utile qu'elle fût accompagnée de notes brèves et claires, au triple point de vue historique, juridique et philologique. En l'absence de notes semblables, le public lit peu ou point les recueils de ce genre. Je désire que la publication de nos chartes ait lieu aux frais du département ou de la ville, parce que ces sortes d'ouvrages ne peuvent pas couvrir leurs frais d'impression, témoin l'excellent ouvrage de M. Guérard, le *Polyptyque d'Irminon*, qui, malgré tout son mérite, n'a encore rencontré ici qu'un seul lecteur, depuis quinze ans qu'il repose sur les rayons de la bibliothèque de la ville de Dijon.

SERRIGNY.

[1] *Recueil de pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne*, in-fol.; Paris, 1664.

[2] V. le troisième volume de *L'état civil des personnes*, etc., par Perriciot, 2e édit., 1845.

BIBLIOGRAPHIE.

EXAMEN DE L'OUVRAGE INTITULÉ *LE DROIT PÉNAL ÉTUDIÉ DANS SES PRINCIPES, DANS LES USAGES ET LES LOIS DES DIFFÉRENTS PEUPLES DU MONDE*, par J. Tissot, professeur de philosophie à la Faculté des lettres de Dijon[1];

ET OBSERVATIONS SUR L'UTILITÉ D'UNE HISTOIRE ET D'UNE PHILOSOPHIE DU DROIT PÉNAL;

Par M. J. Simonnet,
docteur en droit, substitut du procureur impérial à Dijon.

Nos Codes criminels, quelles que soient les améliorations qu'ils réclament encore, sont à bon droit considérés comme une heureuse combinaison des traditions du passé et des principes qu'une philosophie éclairée et des mœurs plus douces ont fait prévaloir dans la législation. D'égales garanties ont été accordées à l'intérêt social et aux accusés; les crimes sont nettement définis, l'échelle des peines a été graduée, sans autre préoccupation de la part du législateur, que le désir d'établir une juste proportion entre la répression et le délit. Les pouvoirs du juge, les droits du prévenu ont été sagement déterminés. Il semble donc qu'il suffise d'un esprit droit pour comprendre le sens de la loi et pour en faire une exacte application. On sait d'ailleurs que le désir du fondateur de notre législation était d'édifier un monument assez complet dans toutes ses parties pour rendre inutiles les commentaires. Nous conviendrons volontiers qu'il était à peu près impossible de réunir dans un corps de droit peu volumineux des textes plus sobres, plus nets, où chaque détail fût mieux en harmonie avec l'ensemble, où les doctrines fondamentales fussent appliquées avec plus de discernement et développées avec plus de clarté. Mais il aurait été fâcheux que cette perfection relative eût persuadé aux interprètes de la loi pénale que toute autre étude que celle de son texte fût superflue. Grâce à Dieu, nos auteurs n'ont pas cru qu'ils pouvaient se dispenser d'étudier les livres de leurs prédécesseurs et de profiter des leçons du passé; néanmoins, il ne

[1] Ce travail, couronné par l'Institut, est publié en 2 vol. in-8° par M. Cotillon. — Paris, 1860.

faut pas se dissimuler que dans notre pays, les études abstraites ne sont pas en faveur. La simplicité de notre législation a pu empêcher de bons esprits d'accorder toute l'importance qu'ils méritent aux livres de doctrine qui forment le complément nécessaire des Codes criminels en particulier : à plus forte raison les livres consacrés à la philosophie du droit courent risque d'être moins lus encore que les commentaires qui servent de guides dans la pratique.

Voici cependant un livre mieux fait que beaucoup d'autres pour nous réconcilier avec les études spéculatives. La partie historique y occupe une place importante; et à ce titre, les personnes les moins familières avec la philosophie y rencontreront des faits nombreux et intéressants. En outre, M. Tissot n'a point perdu de vue la morale pratique, et il ne cesse jamais de s'adresser au bon sens, dans un langage dégagé autant que possible des formules métaphysiques.

Que si l'on nous pressait d'expliquer de suite en quoi la lecture d'un traité philosophique du droit pénal peut être utile, et son opportunité incontestable, nous n'aurions besoin pour cela que de faire appel aux souvenirs encore récents de nos lecteurs.

On n'a pas oublié que le discours prononcé par M. le premier avocat général de Gaujal à l'audience de rentrée de la Cour impériale de Paris, a soulevé une discussion féconde. Les paroles d'un magistrat aussi autorisé ont laissé une trace profonde et devaient provoquer de sérieuses réflexions, soit sur l'esprit général de notre législation, soit sur les tendances de la jurisprudence criminelle. Elles ne révélaient pas moins qu'une dissidence sérieuse entre la volonté du législateur et la doctrine des interprètes. Jurisconsultes et magistrats se mirent à l'œuvre et soumirent à un contrôle exact les conclusions de ce discours. Ceux qui ont lu soit l'article de M. le conseiller Flandin, soit celui de M. Bertin, doivent être convaincus que la question traitée dans la séance de rentrée de la Cour impériale de Paris, question d'un intérêt pratique immédiat, soulève d'autres problèmes qui, pour être résolus, exigent une étude approfondie des principes les plus élevés du droit pénal.

M. de Gaujal s'est demandé si les tribunaux n'avaient point perdu de vue trop souvent l'intérêt de la répression en accordant aux condamnés, dans les cas les plus fréquents, le bénéfice des circonstances atténuantes. Quelle que soit l'opinion des juris-

consultes et des magistrats sur ce point, ce n'est pas dans la lettre de la loi qu'ils puiseront leurs appréciations . on remontera nécessairement plus haut pour rechercher, comme l'ont fait MM. Bertin et Flandin, quel est le but de la répression, quel est le rôle du juge; s'il peut sans inconvénient céder aux tendances de nos mœurs si invinciblement portées à l'indulgence; s'il est nécessaire de lutter contre cet entraînement et d'interposer entre le coupable et le juge un ordre impératif du législateur, qui défende d'appliquer, dans certains cas déterminés, l'article 463 du Code pénal.

On le voit donc, quels que soient les avantages de notre législation pénale, qui a voulu laisser peu de latitude à l'arbitraire du juge, elle ne nous a pas dispensés d'agiter de temps en temps les problèmes les plus ardus. Il est heureux que des discussions de cette nature viennent quelquefois solliciter nos esprits, souvent trop disposés à céder à l'empire des notions acquises ou à l'influence des habitudes contractées soit dans les écoles, soit dans la pratique des affaires.

Or il n'est guère de questions pratiques résolues par notre législation qui n'en soulève d'autres, dont l'examen appartient à la philosophie du droit. Ce sont les notions de cette nature que M. Tissot s'est proposé d'analyser et de présenter sous leur forme la plus simple. L'histoire du droit nous apprend d'ailleurs qu'avant de pénétrer dans nos lois, les principes d'humanité qui y sont déposés ont été proclamés par les philosophes du siècle dernier, et que les théories qui aujourd'hui nous paraissent les moins contestables ont été d'abord soumises à une controverse rigoureuse. Elles étaient entrées depuis un demi-siècle dans le domaine public, sans que les magistrats du XVIIIe siècle en aient reconnu la légitimité, sans qu'aucune amélioration sensible ait été introduite dans l'économie des lois criminelles. La lutte entre le passé et l'esprit nouveau a été opiniâtre; l'étude des causes qui l'ont fait durer appartient à la fois à l'histoire et à la philosophie. Que si l'on veut étendre davantage le champ de l'observation, on sera amené à étudier les coutumes des peuples les plus divers, dans différents temps : au premier coup d'œil, on sera étonné de la variété infinie des formes de la procédure et des pénalités; on sentira le besoin de s'expliquer l'origine de tant d'abus, de si étranges aberrations. M. Tissot est un de ceux qui ont étudié de plus près le dé-

veloppement du droit criminel et ses diverses phases. Après l'avoir lu, on sera convaincu qu'il n'y a aucun vice dans les usages ou la législation d'un peuple dont la source ne se trouve dans une erreur de doctrine ; ou plutôt on reconnaîtra que l'incohérence des lois de certains peuples et les abus de notre ancienne jurisprudence criminelle tiennent à l'absence même de toute doctrine, de tout principe fixe.

I.

La législation criminelle, en France, ne fut jamais soumise à un contrôle véritablement scientifique de la part des jurisconsultes ou des législateurs appelés à exercer quelque influence dans l'état. La procédure, de même que les peines proprement dites, étaient acceptées, pour la plus grande partie, comme l'œuvre de la sagesse antique. A la fin même du XVIIIe siècle, Muyart de Vouglans n'avait pas de meilleure réponse à faire aux attaques de Beccaria et de Montesquieu que de leur opposer des maximes empruntées aux jurisconsultes romains. C'est ainsi qu'il défend la torture préparatoire et le serment que l'on exigeait de l'accusé avant de commencer son interrogatoire. Vainement Beccaria écrivait qu'il est fâcheux de placer un homme dans l'alternative cruelle de manquer à Dieu ou de se perdre lui-même, Muyart de Vouglans répond avec Cicéron : « Nullum vinculum ad adstringendam fidem jure jurando majores arctius esse voluerunt. »

Quant à la torture, il était difficile de trouver un argument plus malheureux que celui que notre jurisconsulte tire de l'avantage prétendu de l'accusé : « on le rend par là juge dans sa propre cause et le maître d'éviter la peine attachée au crime. » N'était-il pas immoral, au contraire, qu'un coupable endurci fût ainsi le maître d'échapper au châtiment qu'il avait mérité, tandis que le malheureux que ses forces trahissaient était contraint de faire un aveu contraire à la vérité ? Les motifs donnés par l'empereur Charles-Quint (art. 61 de la Caroline), ne sont pas moins singuliers et peuvent se résumer ainsi : On ne soumet à la question que l'accusé contre lequel il existe des indices graves, et dans ce cas, il doit s'imputer de n'avoir pas su éviter les apparences du crime. Comme s'il était toujours possible qu'un innocent échappât aux soupçons et qu'il n'y eût d'indices que contre le véritable coupable !

Nous aurons à signaler plus d'une fois le danger de ce fatal traditionalisme qui s'attachait aux anciennes formules et qui fermait les yeux à toute autre lumière. Encore, le mal n'aurait-il pas été irrémédiable, si l'on s'était montré conséquent dans cette manière de raisonner. On aurait dû trouver dans les enseignements même du passé, dans les moralistes païens, comme dans les pères de l'Église, des doctrines aussi judicieuses que salutaires. Est-il possible de condamner la question préparatoire avec plus d'énergie que l'a fait saint Augustin, et d'en signaler les vices avec plus de précision ? « Pour découvrir un criminel, s'écrie-t-il, on torture un innocent, et le juge, dans l'ignorance de la vérité, lui fait subir les peines les plus cruelles, non pas parce que sa culpabilité a été vérifiée, mais parce que l'on ignore qu'il n'est pas coupable, — non quia id commisisse detegitur, sed quia non commisisse nescitur. »

Chose singulière, vainement les jurisconsultes avaient déterminé dans quels cas et dans quelles limites la torture devait être appliquée ; les opinions les mieux établies étaient méconnues dans la pratique, tant la routine avait d'empire sur des esprits peu accoutumés à faire taire leurs préjugés. Julius Clarus, par exemple, de même que les plus célèbres docteurs, posait en principe que la torture n'était qu'un moyen subsidiaire dont l'emploi devait être autorisé seulement à défaut d'autres preuves. « Telle était, dit-il, l'opinion la plus accréditée, et pourtant la plupart des juges soumettent à la question l'accusé convaincu, » afin d'arracher ses aveux. Le parlement de Paris, suivant Guy-Pape, en usait ainsi.

Le bon sens et la jurisprudence défendaient de l'employer contre les impubères, âgés de moins de quatorze ans : dans le duché de Milan, on se conformait à cette prescription ; cependant, Julius Clarus rapporte qu'un certain Martin Mogon, âgé de moins de quatorze ans, fut soumis à la torture le 8 avril 1552, par décision de la Cour suprême. Encore, dans le cas dont il s'agit, il n'y avait pas eu plainte de la partie, et l'enfant n'était coupable que d'avoir jeté des pierres contre des particuliers.

On tenait pour maxime que la mauvaise réputation ou le bruit public n'était pas un indice suffisant pour motiver contre l'accusé l'application d'une aussi rude épreuve : le bruit public, en effet, la réputation bonne ou mauvaise, est chose équivoque, et peut être l'œuvre d'un ennemi qui sera parvenu à discréditer

l'accusé. Mais Balde et Bartole pensaient que si les soupçons et la rumeur publique avaient une grande gravité, la question pouvait être ordonnée. Or des esprits prévenus devaient souvent accorder à l'opinion publique un degré de gravité plus décisif qu'il n'était en réalité. Que devenait d'ailleurs cet autre principe qu'en matière criminelle, les présomptions et indices doivent être plus clairs que le jour?

Ainsi les règles les plus salutaires pouvaient être méconnues : d'un autre côté, on ne saurait s'imaginer combien une maxime dangereuse, une fois accréditée, produisait de conséquences fâcheuses, et avec quelle tenacité elle s'imposait à l'opinion des juges. Quelques exemples feront voir combien il importe, d'une part, de fonder l'enseignement du droit pénal sur les doctrines les plus sûres, et en même temps d'affranchir l'esprit de tout formalisme qui obscurcirait la vérité.

A force de se torturer l'esprit pour trouver des hypothèses applicables à tel ou tel principe, un criminaliste était amené à créer une règle, d'où ses successeurs pouvaient tirer les plus absurdes conclusions. S'il est une question dont la solution dépende surtout des circonstances de fait, c'est celle de savoir dans quelle mesure peut s'exercer le droit de légitime défense. Dans le cas, par exemple, où l'on est exposé à une attaque sérieuse et où en même temps la fuite est possible, est-il permis de se jeter sur son agresseur et de le tuer? P. d'Ancharano, jurisconsulte bolonais qui vivait au XVe siècle, commence par examiner si, en fuyant, on courrait le risque d'être frappé par derrière, si l'agresseur est un homme vil et celui qu'il attaque un chevalier ou un gentilhomme. Voici les maximes qui justifient le gentilhomme, s'il tue son adversaire : il est censé être dans l'impossibilité de fuir, puisqu'il ne peut tourner le dos sans se déshonorer; or l'honneur est plus cher que la vie..... L'autre hypothèse développée par Ancharano, peu honorable pour les Florentins de son temps, est assez curieuse.

Un habitant de Pérouse, où l'on est volontiers brave et sensible au déshonneur, pourra tuer impunément son homme plutôt que de prendre honteusement la fuite. Tel autre, au contraire, un florentin, qui fait d'ordinaire bon marché de sa réputation et de son honneur, doit prendre la fuite sans scrupule. Autrement il serait considéré comme homicide.

Le désir de venger la majesté divine outragée avait porté les

jurisconsultes les plus scrupuleux à se départir des règles protectrices admises en matière de preuves. Suivant eux, il n'était pas nécessaire, pour déterminer l'enquête ou même pour motiver une condamnation, de preuve aussi complète que dans les cas ordinaires; les particuliers étaient dispensés de garder leurs promesses envers les hérétiques, etc. (Julius Clarus). La même préoccupation faisait décider que, en matière de lèse-majesté, la non-révélation du complot était punissable par elle-même.

Il s'est trouvé un jurisconsulte qui, sous le prétexte qu'il importe à l'État d'avoir des soldats, excusait le recruteur qui enlevait de force les enfants à leurs parents. Cæpola assure que telle était la coutume et qu'il l'a vu juger à Bologne, en faveur de Nicolas Piccini, célèbre condottiere.

Que si l'on entre dans le domaine du surnaturel, le sens déjà si faible de certains juristes achève de s'égarer. Peu s'en faut qu'ils ne dénient à un accusé le droit de prouver qu'à l'heure où le crime a été commis, il était à une grande distance du lieu. On lui prouvera qu'un miracle n'est pas impossible. Jacques Legris avait été vu le matin à Pise, dans la chambre du roi de France; il était allé dans la journée à trente lieues de là, pour commettre un adultère, et il était revenu le même soir à Pise[1].

A quel âge un enfant est-il capable de discernement? Damhouder, après beaucoup d'autres, rapporte l'exemple d'un enfant de cinq ans qui, au moment où il blasphémait dans les bras de son père, fut emporté par le diable. Preuve assurée, dit ce criminaliste, d'ailleurs très-judicieux, qu'il était *doli capax;* autrement, Dieu n'aurait pas permis qu'il fût ainsi puni de son blasphême.

En matière d'hérésie, il était très-difficile de définir nettement en quoi elle consistait; comment elle différait du sortilége. Julius Clarus se demandait si celui qui invoque le diable est coupable d'hérésie, et il distingue si l'on demande au diable de révéler l'avenir : dans ce cas, il y a crime d'hérésie, car la connaissance des choses futures n'appartient qu'à Dieu. Mais si l'on demande l'aide du démon pour suborner une femme,

[1] Jean Lecoq, arr. 63. Maître Pierre Abailard n'avait-il pas été vu dans la nuit de Noël, à Paris, à Milan et à Rome? Saint Front avait dit la messe à Périgueux, et pendant la messe il était à Arles, au tombeau de sainte Marthe, où il perdit un de ses gants, etc., etc.

comme le rôle propre de l'esprit malin est de tenter les hommes, il n'y a pas d'erreur de la part du coupable, il n'a commis qu'un sortilége, et la connaissance du crime appartient au juge laïque. Telle était la doctrine de la Cour de Rome : cependant Damhouder, en distinguant avec soin l'hérésie de la sorcellerie, comprend dans ce dernier crime l'art divinatoire.

Un théologien s'avise de comparer un juif à un chien : on en conclura que le chrétien qui a quelque commerce avec une juive doit être brûlé vif : Jean Lecoq approuve cette opinion, et rapporte la condamnation d'un certain Jean Alard, qui fut brûlé à Paris pour avoir eu des enfants d'une juive.

Que dirons-nous de ces maximes présentées sous une forme dogmatique, et d'autant plus dangereuses qu'elles pouvaient s'appliquer à des cas très-nombreux? Nous lisons dans une seule page de Boier : Un jeune homme doit être puni plus sévèrement qu'un vieillard ; — l'âge ne procure pas l'impunité ;— la faiblesse de l'intelligence n'excuse pas la perversité du coupable.

Et ailleurs : Un vol unique et considérable équivaut à trois, et dans les cas énormes, il est permis de violer la loi. Ce beau précepte justifiait le juge qui appliquait au voleur convaincu d'un premier vol, la peine qui n'était portée qu'en cas de récidive. Boier, il est vrai, n'approuve pas cette doctrine ; mais il cite les docteurs qui l'ont imaginée, et nous la trouvons rapportée dans l'annotateur de Julius Clarus.

Cependant, il ne faudrait pas croire que l'esprit de ces mêmes jurisconsultes fût absolument fermé aux sentiments d'humanité trop souvent absents de leurs livres. Damhouder se montre souvent plein de charité pour les accusés. Le juge, dit-il, doit expédier les procès des prisonniers dans le délai d'un mois : les affaires criminelles sont assimilées aux causes des pauvres. — Les geôliers doivent être gens de bien, doux, miséricordieux, affables, pieux. Ils ne doivent pas laisser les détenus manquer du nécessaire ; leur devoir est de les soulager et de les consoler. En traitant du crime d'hérésie, le même Damhouder posait un principe qui devait le dispenser d'entrer plus avant dans son sujet : « Occultorum sive secretorum solus deus et cognitor et judex est; ipsorum cognitio ad forum non pertinet humanum. » Les criminalistes modernes n'ont pas eu besoin, comme on le voit, de créer des règles nouvelles. Celle-ci était éminemment

favorable à la liberté de conscience, et, en outre, elle dispensait le législateur d'édicter des peines contre les infractions aux mœurs dans les cas les plus fréquents. Nos magistrats suivent encore les préceptes si sagement tracés par Damhouder : le juge ne doit pas chercher à se faire une réputation de sévérité ou d'indulgence. Dans chaque affaire il doit examiner avec soin quelle est la peine proportionnée au délit, etc.[1]

La confiscation avait été flétrie par lui plus de deux siècles avant qu'elle disparût de nos Codes : « Toute confiscation de biens est de sa nature odieuse, parce qu'elle entraîne la ruine de ceux qui sont innocents. La justice sans humanité, écrit-il encore d'après saint Jean Chrysostome, est cruauté, de même que la pitié sans justice est folie. » (Ch. 66.)

En réalité, le jugement de nos anciens criminalistes flottait au hasard; ils s'abandonnaient de la meilleure foi du monde au courant qui les saisissait. Leur conscience était parfaitement tranquille, du moment où ils avaient trouvé quelque raison de décider, non pas dans leurs propres réflexions, mais dans un auteur accrédité : une règle reçue, un brocard de droit prévalait sur l'évidence des raisonnements les plus clairs. Le vice radical de notre jurisprudence criminelle n'était donc au fond qu'un formalisme vide. Le signaler, ce n'est pas seulement faire de l'histoire, c'est prémunir les interprètes de nos lois au XIXe siècle contre les dangers auxquels étaient exposés leurs devanciers.

Lorsque s'agitait devant le Conseil d'État la question de savoir si le système des preuves légales serait maintenu, et dans quelle mesure, il était bon que l'on eût sous les yeux les théories étranges auxquelles avait donné naissance ce système. En obligeant le juge à peser chaque preuve et à les qualifier, on voulait éviter que le sort d'un accusé dépendît d'une impression passagère, d'un mouvement irréfléchi; le but était certainement très-louable. Malheureusement il avait été dépassé : « Sachez, écrivait Julius Clarus, que le juge ne doit pas se décider pour la condamnation de l'accusé d'après son opinion ou sa convic-

[1] Le même Damhouder s'était cependant égaré jusqu'à dire qu'il y a plus de perversité à dérober une faible somme d'argent qu'une grande; — en effet, celui qui vole de l'argent volera de l'or, à plus forte raison, tandis qu'il n'est pas certain que celui qui se laisserait tenter par l'or volerait de l'argent. Suivant lui, le pape peut décider que ce qui est rond est carré, etc.

tion personnelle, mais seulement sur les preuves réunies au procès. Il doit prononcer la sentence suivant ce qui a été prouvé, alors même qu'il serait convaincu du contraire. Ainsi le juge qui aurait vu, de ses yeux, commettre le crime, ne pourrait pas condamner si le fait n'était pas autrement vérifié. Enfin si le juge croit en conscience, *comme magistrat*, que la preuve administrée est suffisante pour motiver une condamnation, quand même, *comme particulier*, il serait convaincu de l'innocence, il peut condamner sans péché. — Toutefois, dans un cas semblable, il lui serait permis de se faire remplacer. » (Quest. 66.)

L'annotateur cite cependant des docteurs qui autorisent le juge à prononcer suivant sa conscience; encore cette concession était-elle sujette à discussion.

Montaigne nous fournit un exemple frappant, où la vérité fut odieusement sacrifiée à ce formalisme étroit dont nous venons d'étudier les caractères.

« Certains sont condamnés à mort pour un homicide, l'arrêt, sinon *prononcé*, au moins *conclu* et *arrêté*. Sur ce point, les juges sont avertis par les officiers d'une Cour subalterne voisine qu'ils tiennent quelques prisonniers, lesquels *avouent* directement cet homicide et apportent à tout ce fait une lumière indubitable. On délibère si pourtant on doit interrompre et différer l'exécution de l'arrêt donné contre les premiers. On considère la nouveauté de l'exemple et sa conséquence pour accrocher les jugements; que la condamnation est juridiquement passée, les juges privés de repentance. Somme, ces pauvres diables sont sacrifiés aux formules de la justice [1]. »

Comme les maximes protectrices des accusés n'étaient rappelées par les jurisconsultes qu'à titre de solutions isolées, d'opinions individuelles sur tel ou tel point déterminé, elles ne pouvaient devenir des règles de conduite et passer dans le droit criminel qu'à la condition d'un remaniement complet de la législation tout entière. Cela est si vrai qu'au XVIIIe siècle,

[1] Liv. III, ch. 13. Montaigne s'élevait déjà, avec son bon sens ordinaire, contre la cruauté des supplices en usage de son temps. « Tout ce qui est au delà de la mort simple me semble cruauté. Notre justice ne peut espérer que celui que la crainte de mourir et d'être décapité ou pendu ne gardera de faillir, en soit empesché par l'imagination d'un feu languissant ou des tenailles, ou de la roue. » (Liv. II, ch. 27.)

nous l'avons déjà vu, on trouve encore des traces des singulières doctrines de Julius Clarus. Sans aller aussi loin que ce dernier, Muyart de Vouglans ne reconnaît de concluante que la preuve revêtue de tous les caractères juridiques. Or, comme un vice de raisonnement produit toujours une conséquence absurde, le juge dont la conviction était formée contre l'accusé, mais qui se trouvait empêché de le condamner, faute de preuves, à la peine du crime par lui commis, lui faisait cependant l'application d'une peine, dite *extraordinaire*, en se fondant sur une *semi-preuve*. Les consciences irrésolues devaient souvent prendre ce parti, qui ne satisfait ni la raison ni la justice.

En faisant la critique de ces criminalistes des derniers siècles, nous ne cédons pas au plaisir assez frivole de discréditer ce passé ; nous sommes au contraire disposé à rendre justice à leur science, à leur amour du bien, aux efforts par eux tentés afin de diriger les magistrats dans leurs pénibles devoirs. M. Faustin Hélie a d'ailleurs recommandé, en plus d'une occasion, la lecture de leurs écrits trop négligés, et mis en relief, entre autres, leurs savants travaux sur la preuve. On y trouve une connaissance profonde des allures de l'intelligence, une grande expérience des affaires. Malheureusement, au lieu de proposer leurs doctrines comme des conseils destinés à diriger l'esprit du juge, ils les ont imposées comme des raisons de décider dans des cas déterminés; leurs lecteurs, accablés sous les textes et les citations, avaient perdu toute confiance dans les lumières de leur propre conscience. Il ne faut donc pas trop s'étonner si Muyart de Vouglans ne paraît pas soupçonner qu'il existe d'autres arguments à opposer aux doctrines de Montesquieu et de Beccaria que des citations empruntées au droit romain. Montesquieu s'était attaché à distinguer les crimes et délits qui portent atteinte à l'ordre public ou à l'intérêt privé, et il les avait opposés à ceux qui sont moins l'œuvre de la méchanceté que l'effet de l'oubli des devoirs de l'homme envers lui-même ou envers Dieu (suicide, crimes contre les mœurs, de lèse-majesté divine, etc.). Il avait, de même que Beccaria, préconisé l'adoucissement des peines. Muyart de Vouglans lui répond par un fait et par un raisonnement. Le fait, c'est que sous l'ancienne monarchie, « les peines se sont successivement accrues à mesure que notre nation est devenue plus policée. » En sorte que ce serait vouloir dénaturer notre législation que de vouloir adoucir la pénalité.

— « La loi criminelle a pour objet, non pas tant de corriger le coupable et de le mettre hors d'état de nuire davantage que de détourner par l'horreur des supplices ceux qui pourraient être tentés de suivre son exemple. » Il est impossible de s'imaginer jusqu'où s'égare ce jurisconsulte, dès qu'il est entré dans cette voie. Ou bien, dit-il, sous l'empire de notre droit criminel, le système de rigueur a arrêté les progrès du crime, ou bien il ne les a pas arrêtés. Au premier cas, la législation doit être maintenue; si le mal, au contraire, a empiré ou n'a pas diminué, la loi n'est pas assez rigoureuse ni suffisamment appliquée, et le remède serait dans une répression plus énergique encore ou plus exacte. D'ailleurs, ajoute notre auteur, proposer des réformes, c'est supposer que nos lois actuelles sont injustes, et par conséquent critiquer notre législation, ce qui n'est jamais permis; c'est enfin diminuer l'horreur que doit inspirer le crime ou supposer que l'accroissement du mal ou sa diminution lui a ôté de sa gravité intrinsèque.

Il fallait fermer les yeux à la lumière pour ne pas s'élever avec Montesqieu contre ce chef de l'ordonnance de 1534, aux termes de laquelle le voleur de grand chemin était puni de la roue, comme l'assassin. Il est manifeste que celui qui vole n'est pas aussi coupable que celui qui tue, et d'ailleurs, il est à craindre que le voleur n'hésite pas à commettre un assassinat, du moment où il saura qu'il ne court pas plus de risque dans un cas que dans l'autre. Muyart de Vouglans oppose à l'auteur de l'*Esprit des lois* « cette sage maxime du droit qui veut qu'en fait de crimes atroces, la simple volonté soit réputée pour le fait, maxime qui reçoit même ici une application d'autant plus nécessaire, qu'on ne peut douter que celui qui attaque sur un grand chemin pour voler ne soit dans la détermination absolue de tuer si on lui résiste. »

Ceci s'écrivait en 1785.

Telles sont les conséquences de la doctrine qui donnait pour but à la loi pénale l'intimidation. Elle a inspiré la législation rigoureuse inaugurée par les ordonnances de François Ier; elle a dicté les peines atroces qui, dans quelques contrées, ont subsisté jusqu'au XVIIe siècle. M. de Lamoignon, lors de la discussion de l'ordonnance criminelle, en était frappé, et déclarait que nos lois pénales étaient plus sévères que celles des autres nations.

II.

Ce qui peut faire pencher les meilleurs esprits vers la doctrine de l'intimidation dont on a signalé des traces dans le discours de rentrée auquel nous avons déjà fait allusion, c'est que sans doute ils ne distinguent pas assez, dans la répression pénale, son objet propre des effets nécessaires qu'elle doit produire. Il est de toute évidence que la répression pénale a pour effet salutaire d'arrêter les malfaiteurs par la crainte de la peine : mais ce n'est là qu'une conséquence naturelle, tandis que la principale considération du législateur et du magistrat doit être de proportionner la réparation à la lésion. Cette juste application de la loi produira ensuite, comme d'elle-même, des résultats pratiques, tels que l'exemple, l'amélioration du coupable, la satisfaction donnée aux intérêts lésés, etc.[1].

Ce qui a pu donner lieu à une confusion est sans doute cette proposition de Sénèque, souvent reproduite par les jurisconsultes : « Ne homini quidem nocebimus quia peccavit, sed ne peccet : nec unquam ad præteritum, sed ad futurum pœna refertur..... Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim præterita non possunt..... » Mais dans un autre chapitre, ce philosophe avait envisagé la peine d'une manière beaucoup plus complète ; il est même remarquable qu'il se montrât favorable à une répression mitigée et à l'abolition des peines infamantes. « La loi, en punissant, s'est proposé ou d'amender celui qu'elle frappe, ou de faire un exemple qui rende les autres meilleurs, ou de tranquilliser la société en supprimant les méchants. Mais vous corrigerez plus efficacement le coupable au moyen d'une peine plus douce : celui qui n'a pas tout perdu se conduit avec plus de circonspection ; mais celui

[1] « Feuerbach fonde la loi pénale sur l'intimidation, et il affirme que quiconque, au mépris de cette menace du législateur, commet un délit, mérite le châtiment auquel il a dû s'attendre. Mais en quoi la menace même est-elle légitime? L'intimidation suppose que l'homme n'est pas libre et qu'il ne peut être gouverné que par la crainte. Le droit et la justice se fondent au contraire sur la liberté et la volonté, et non sur le défaut de liberté et de volonté que suppose la doctrine que nous combattons. Elle prétend traiter l'homme, non comme un être libre, mais comme un animal que l'on fait obéir en lui montrant le bâton, et cette menace même pourrait encourager un esprit généreux à lui résister, afin de montrer qu'il est libre dans ses résolutions. » (Hegel, *Philosophie du droit*, n° CXVII.)

en qui s'est éteint tout sentiment de sa dignité n'a plus rien à ménager; s'il ne donne plus de prise à la répression, il jouit d'une sorte d'impunité. La modération dans les peines est plus favorable au maintien des mœurs publiques, car le nombre des coupables fait que le crime dégénère en habitude [1]..... »

Si au XVIIIe siècle les doctrines étaient obscures et incomplètes, on peut juger des erreurs que les nations ont dû traverser avant d'arriver à un système de législation rationnel. On pressent combien les premiers pas ont été pénibles et combien il importe d'étudier l'histoire du droit pénal en même temps que sa philosophie. Les lois de certains peuples sont empreintes d'une barbarie révoltante dans le choix des peines : d'autres témoignent d'un relâchement et d'une indifférence fâcheuses pour l'ordre public. Leurs vices tiennent soit au défaut de lumières, soit à la faiblesse de l'organisation sociale, soit aux doctrines en crédit acceptées par le législateur. Nous nous contenterons d'emprunter au savant livre de M. Tissot quelques observations fondamentales.

On serait tenté, au premier coup d'œil, de donner à la législation barbare encore en enfance la prééminence sur d'autres législations plus raffinées et plus utiles, où des principes erronés ont trouvé place à côté des règles protectrices de l'ordre social.

« Les époques les plus ignorantes, écrit M. Tissot, ne sont pas toujours les plus cruelles; elles semblent rappeler, par une douceur primitive, l'âge de l'innocence de l'enfant. Les époques moyennes ou de demi-civilisation présentent, au contraire, plus de rigueur dans les lois, plus de crimes et plus de vertus peut-

[1] Cf. *De irâ*, liv. I, ch. 16; liv. II, ch. 31; *De clementiâ*, liv. I, ch. 22.

Veut-on savoir quels effets produisaient au XVIe siècle et l'usage de la torture et la rigueur des peines? Damhouder nous apprend, dans un chapitre curieux, comment les malfaiteurs s'endurcissaient aux supplices. « Parmi les vétérans du crime (je le sais pour avoir obtenu leurs aveux), vous en trouverez qui, au fond des bois, s'infligent mutuellement des supplices rigoureux, qui s'accoutument à supporter courageusement toute sorte de tourments, afin que, dans le cas où ils seraient appliqués sérieusement à la torture, ils puissent en soutenir les épreuves sans se trahir, eux ou leurs complices..... » Tel est le résultat que produisait le système excessif des pénalités en usage : les crimes eux-mêmes devenaient atroces, et les malfaiteurs n'étaient plus arrêtés par la crainte des supplices auxquels ils s'étaient préparés. (V. *Praxis rerum criminalium*, ch. 36.)

être, plus d'énergie dans le bien et dans le mal, pareilles en cela au jeune homme qui est à la fois plus généreux et plus fougueux [1]..... »

Que produit, en effet, la demi-civilisation? Les mœurs sont encore rudes, et en même temps il existe une autorité armée de pouvoirs considérables : cette autorité, depuis celle du chef de l'État jusqu'à celle des magistrats, ne connaît guère de limites.

D'un autre côté, une certaine culture intellectuelle a permis au législateur de définir les crimes, de les classer et d'établir une échelle de pénalités. Alors les peines deviennent impitoyables, et le juge croit sa conscience intéressée à frapper le coupable avec la dernière rigueur.

Dans la première période du droit pénal russe, le voleur à son premier début, n'était tenu qu'à la restitution de l'objet soustrait; le récidiviste était condamné à une amende; la troisième fois, il était pendu. Au XVIIe siècle, le premier vol était puni de la perte de deux doigts; le second entraînait la peine capitale.

Les vols de peu d'importance qui en Pologne, avant Casimir le Grand, étaient punis de peines pécuniaires, étaient punis de mort dans la période suivante.

En Espagne, les lois de la ville d'Escalona prononçaient la peine de mort contre le voleur (XIIIe siècle); auparavant, la législation des Wisigoths n'édictait que des amendes proportionnées à l'importance des objets volés.

Il en était à peu près de même en France où, d'après les Établissements de saint Louis, la peine capitale devait être prononcée contre le voleur à la seconde récidive, tandis que la loi salique n'infligeait que des réparations pécuniaires.

Ajoutons que les délits, peu nombreux sous le régime barbare, se développent dans la suite et sont punis de peines plus graves : nous voulons parler des crimes contre la religion. Le travail du dimanche, sous Dagobert II, n'emportait qu'une peine corporelle, tandis que l'infraction aux préceptes de l'abstinence était punie de mort sous Charlemagne, et passait pour un indice d'hérésie au XVIe siècle.

Enfin la religion chrétienne, en divinisant la chasteté, inspira

[1] Ouvrage cité, t. II, p. 123, 130.

les pénalités rigoureuses portées contre le libertinage, les infractions aux mœurs.

En faisant ces rapprochements, nous n'avons nullement prétendu faire de la période barbare au lendemain de l'invasion germanique un âge d'or, afin de l'opposer au régime établi par la civilisation intermédiaire. Nous avons cherché seulement à mettre le lecteur sur la voie d'un problème que M. Tissot a étudié avec un soin particulier, et dont il a donné la solution en termes excellents.

« La simplicité est d'abord une nécessité pour l'homme; ce n'est que bien tard qu'elle est un produit de la réflexion et de la science. La simplicité des premiers âges, dans l'ordre moral comme dans l'ordre technique, est celle de l'impuissance. Elle exclut la diversité et l'harmonie; elle la suppose, au contraire, dans les âges plus avancés. Il en est des institutions comme des machines; elles commencent par l'unité incomplexe; elles continuent par une complexité plus ou moins chargée de rouages, faute de savoir économiser les moyens pour atteindre le but..... »

« Ce n'est pas à dire cependant que tout changement soit un mieux absolument; mais c'est toujours un mieux cependant, puisque c'est une tentative nouvelle, un essai, une découverte. »

A l'égard des infractions aux bonnes mœurs, M. Tissot réprouve les peines en pareille matière, à moins, bien entendu, qu'il n'y ait attentat proprement dit. Dans son opinion, d'accord avec les principes reçus dans les temps modernes, les tribunaux doivent rester étrangers à la répression des actes qui ne portent pas atteinte aux droits d'autrui; il vaut mieux laisser à la religion, à l'opinion publique le soin qui leur appartient de les flétrir et de les prévenir. Toutefois il ne méconnait pas les progrès de la législation qui en avait fait de véritables délits, sur l'indifférence des peuples primitifs et leur immorale ignorance.

« Si les peuples sauvages s'en formalisent peu, c'est qu'ils n'ont que des instincts et des passions; ils n'ont pas encore de règles de conduite érigées en principes sociaux... C'est un mérite négatif; la preuve, c'est que les sauvages plus favorisés du climat ont des goûts et des mœurs détestables, et que ces mœurs ont un caractère public. On n'y punit pas la dépravá-

tion, parce qu'elle est universelle, parce qu'on n'y voit pas de lésion sociale, parce qu'enfin le sentiment des convenances morales, du respect de soi-même et des autres n'est pas encore suffisamment développé. Mais lorsque ce développement est atteint, à l'aide surtout des idées religieuses, les législateurs deviennent impitoyables. Tous les vices contre nature étaient punis de mort chez les Perses. On connaît la sévérité des lois mosaïques à cet égard. Cette rigueur, si elle n'est pas un progrès par elle-même, en révèle un cependant, à savoir le développement de la pudeur, le besoin de la pureté dans les mœurs, le dégoût et la haine du libertinage public.

« En rattachant la pénalité au sentiment religieux, les Orientaux ont d'abord prouvé qu'ils étaient doués de ce sentiment à un très-haut degré ; ils ont senti de plus qu'il y a entre le péché et la peine une haute harmonie, une harmonie morale et religieuse. Voilà leur supériorité morale incontestable. Où est donc leur erreur ? Dans l'application de cette idée à l'ordre social par voie d'autorité civile ; en d'autres termes, dans la non-distinction de l'ordre moral ou religieux et de l'ordre civil ; il aurait fallu laisser à la religion et à la morale leur part distincte dans l'ordre des actes humains et de leur sanction pénale. Mais ce n'est là qu'une erreur d'application, une confusion. Or, on ne confond que les idées qu'on possède, et c'est un avantage de les posséder, à un haut degré surtout[1]. »

S'il est vrai que l'instinct abandonné à lui-même, des notions incomplètes sur les droits et les devoirs et l'absence de doctrines véritablement scientifiques soient la cause des erreurs que nous avons signalées dans les opinions des jurisconsultes et dans les lois elles-mêmes, c'est dans l'histoire de la procédure criminelle que cette vérité est le plus sensible.

La législation romaine avait sagement établi, comme une garantie inviolable, la publicité des débats criminels, publicité qui, à l'époque classique, s'étendait aux actes de l'instruction. Le grand nombre des juges pris parmi les citoyens était pareillement favorable aux accusés. Si la procédure écrite, la substitution des magistrats permanents aux juges populaires, avaient restreint ces garanties, le principe de la publicité et le droit de défense avaient toujours été respectés.

[1] Sur tous ces points, t. II, p. 597, 617, 651.

Sous le régime barbare, quelle que fût la juridiction compétente, au VIe siècle comme au VIIIe, que le tribunal fût tenu par un comte ou par un *missus dominicus*, qu'il fût composé d'hommes libres ou de scabins, alors même que la justice était rendue pour le compte d'une immunité par un avoué ou un délégué, ces juridictions étaient essentiellement populaires; l'accusé se défendait au grand jour, il opposait des témoins à ceux de l'accusateur, et il était jugé par ses pairs. Sous l'empire de la féodalité, si l'impartialité de la cour du seigneur était quelquefois suspecte, les usages avaient cependant introduit des remèdes contre les malversations : le juge pouvait être récusé, pris à partie, et ces incidents se vidaient en champ clos. Il n'est pas une de ces institutions qui ne fût susceptible d'amélioration, et d'où l'on ne pût tirer un système de procédure raisonnable.

Comment donc arriva-t-il que d'aussi précieuses traditions aient fait place à la procédure secrète qui resta en vigueur jusqu'à la fin du siècle dernier, et qui souleva tant de légitimes récriminations? Ce changement se fit insensiblement, sans que l'on soupçonnât la gravité des modifications qui furent successivement introduites dans la procédure, jusqu'à ce que les anciennes garanties eussent complétement disparu, et alors il était trop tard pour protester et pour revenir au passé.

Les juridictions ecclésiastiques du XIIe siècle avaient admis les parties lésées à se pourvoir par voie de dénonciation, au lieu de s'exposer aux chances et aux ennuis de l'accusation proprement dite. Cette manière de procéder devint la règle en matière d'hérésie; le discrédit où tomba le combat judiciaire rendit en même temps plus nécessaires les enquêtes, les instructions écrites; les témoignages furent recueillis par le juge, en dehors de la présence des accusés; aux confrontations furent substituées les communications de pièces; l'audition des témoins par le tribunal fut remplacée par le rapport du juge enquêteur. Il ne pouvait même guère en être autrement en matière d'appel. Le développement de l'institution du ministère public, la nécessité de multiplier les poursuites d'office, dans l'intérêt de l'ordre public, de procéder rapidement, tout contribua à rendre les parties, accusateur et accusé, de plus en plus étrangères à la direction, aux actes de l'information.

La publicité même de l'audience et le droit de défense, der-

nières garanties des prévenus, devaient aussi disparaître. L'ordonnance de 1499 ayant distingué la procédure ordinaire de la procédure extraordinaire, celle-ci fut réservée pour les crimes énormes, et dans ces derniers cas, tout se passait en secret, depuis l'audition des témoins jusqu'à la délibération d'où dépendait la sentence définitive. Tel est le système qui fut complété par les ordonnances de 1536, 1539 et 1570. M. Faustin-Hélie a mis en relief avec une science profonde l'enchaînement des faits, la fatalité avec laquelle, une fois sur cette pente, un expédient fâcheux en rend un autre nécessaire. Il a parfaitement démontré que la torture et son fréquent usage devaient être la conséquence des modifications introduites dans la matière des preuves et la marche des procès. « Plus il était difficile de constater les faits avec précision, d'arriver à former la conviction du juge, plus, dans cette incertitude, il était urgent de recourir à un dernier moyen, l'aveu de l'accusé qu'on lui arrachait par la torture. »

« Il est curieux de remarquer ici l'importance des formes et la filiation des règles de droit. C'est l'enquête qui, par ses formalités spéciales, par l'audition secrète des témoins, par la rédaction de son procès-verbal, enlève à la preuve testimoniale ses garanties et sa puissance; et cette règle nouvelle, à peine implantée dans la législation, développe aussitôt des conséquences évidemment imprévues. L'enquête produit la procédure écrite; la procédure écrite étouffe la procédure orale et la remplace. Les juges, armés de leurs procès-verbaux d'enquête et d'interrogatoire, n'ont plus besoin des débats de l'audience; ils prononcent sur pièces. S'ils conservent quelques doutes, ils trouvent dans le secret de l'instruction même un moyen de les résoudre et c'est la torture. Toutes ces formes découlent du même principe [1]... »

Or, chacune de ces formes ayant été introduite par des raisons tirées de la nécessité d'expédier rapidement les affaires, d'éviter les contradictions de la défense, de convaincre plus facilement l'accusé, isolé et abandonné à ses propres ressources, ou même par le désir d'instruire avec plus de succès les procès d'hérésie, il n'était pas tenu compte des règles de la justice proprement dite. Vainement donc Pierre Ayrault, au

[1] *Histoire de l'instruction criminelle*, ch. 8, *passim*.

XVIe siècle, et Lamoignon, au XVIIe, revendiquaient les droits de l'humanité[1]. Il était nécessaire, osons en convenir, que des livres comme ceux de Montesquieu et de Beccaria fissent un véritable scandale dans le monde judiciaire, pour contraindre tous les esprits à remonter aux véritables sources du droit. Leurs discussions fécondes, excessives même (Beccaria niait à la société le droit d'infliger la peine de mort), donnèrent l'essor aux doctrines qui, un demi-siècle plus tard, devaient renouveler toutes les législations.

III.

Le mérite capital du livre de M. Tissot est d'avoir signalé, dans les vices d'une législation donnée, le germe du mal, et en même temps d'avoir montré la vérité en l'opposant à l'erreur.

Aussi les chapitres les plus importants sont-ils ceux qui traitent des délits, de la complicité, du cumul des peines, de la récidive, des circonstances atténuantes, c'est-à-dire des matières qui rentreraient facilement dans le domaine de la philosophie.

Qu'est-ce qui constitue le délit? Ne peut-on pas citer nombre de cas dans lesquels la conscience réprouve un fait, et où en même temps, elle hésiterait à reconnaître comme légitime la peine infligée au coupable? Il y a dans cette appréciation contradictoire une difficulté qu'il est difficile de résoudre, sans la soumettre à une sorte d'analyse scientifique.

Qu'un attentat contre les mœurs, commis par deux personnes, douées de discernement, soit un mal considérable; qu'un sacrilége non public, qu'une hérésie religieuse, qu'une infrac-

[1] Pierre Ayrault s'élevait fortement contre les innovations du chancelier Poyet, et protestait en faveur de l'ancienne procédure: « Ceste instruction publique étoit très-utile, car l'innocent ne sera jamais pleinement absous, ni le coupable puni trop justement; il y aura toujours quelque chose à redire si leur procès n'a été vu, fait et examiné en public..... Quand la preuve est ensevelie en un sac, et qu'elle a été traitée entre des murailles sourdes et muettes, il est facile d'en imaginer ce que l'on veut, et facile encore d'y apporter du changement.....

« Ceste façon ostée d'instruire le procès publiquement, à tout le moins nous devoit-il rester, le procès estant instruit, d'ouyr les parties en plaidant..... L'audience publique est une note infaillible aux mauvais, quelque issue qu'ait le procès; aux bons, une réparation d'honneur, qui ne peut jamais être trop notoire ni trop connue à tout le monde..... Il y a quelquefois de la honte à gagner, de l'honneur à perdre..... » (Liv. III.)

tion aux lois ecclésiastiques, soient autant d'occasions de scandale pour les fidèles, personne ne le nie ; mais que ces actes, criminels dans le for intérieur, soient frappés par la justice répressive, immédiatement les opinions seront divisées : les uns trouveront la peine légitime, les autres y verront un acte de persécution ou une rigueur intempestive.

Afin de faire la part de ces sentiments divers, il suffit de limiter le droit de punir, de faire voir que l'État n'a pas pour mission nécessaire de procurer le plus grand bien moral, de frapper dans l'homme toute pensée criminelle, mais qu'il doit se contenter de protéger les particuliers contre toute lésion de leurs droits essentiels, à la condition que le préjudice causé soit appréciable, susceptible de mesure et de preuve, et qu'il y ait utilité sociale à le punir. On arrivera à distinguer, dans les écarts de toute nature dont l'homme peut se rendre coupable, le péché qui relève de la morale ou de la religion, du délit qui compromet quelques-uns ou l'ensemble des droits sans lesquels la société humaine ne pourrait subsister. Or le sacrilége ou l'inobservation des prescriptions de la loi divine sont des fautes qui ne sont pas susceptibles de mesure, surtout si on les considère comme des lésions commises contre la Divinité elle-même, et par suite, il serait impossible d'édicter une peine proportionnée à la faute [1]. Celui qui commet une infraction aux bonnes mœurs (de même que celui qui se donne volontairement la mort), se lèse lui-même, ou s'est librement exposé à une souillure; il n'y a pas de droit violé et pas de réparation à exiger. Encore ne parlons-nous pas ici des nombreux inconvénients de fait que produirait le système contraire : difficulté des preuves, arbitraire dans la répression, plus ou moins rigoureuse, suivant que le juge serait plus ou moins zélé dans ses croyances; difficulté d'appréciation du degré de gravité du péché ; car le péché proprement dit ne peut être apprécié que sur l'aveu du pécheur qui, devant le tribunal de la pénitence, dévoile les mobiles secrets auxquels il a cédé.

Que si l'on part de cette maxime que la peine est une expiation nécessaire; — qu'elle a pour objet immédiat l'amélioration du coupable, — ou l'intimidation des méchants, — le lé-

[1] Il va sans dire que si les faits auxquels nous faisons allusion dans ce paragraphe constituaient des *outrages publics* à la morale humaine ou religieuse, l'ordre social serait atteint et la répression nécessaire.

gislateur prononcera des peines contre toutes les transgressions, morales, religieuses ou sociales, parce qu'il se croira obligé d'exiger une expiation, ou de produire soit l'amélioration des uns, soit un exemple pour les autres. Aucune considération ne pourrait le dispenser de remplir cette mission, si elle lui était imposée comme un devoir absolu.

A côté de ces principes erronés qui tromperaient le juge aussi bien que le législateur, se glisseraient les formules toutes faites du dogmatisme étroit que nous avons déjà combattu. Ainsi, l'habitude de considérer comme également coupable toutes les espèces de complicité, tous les modes de participation à un crime déterminé, peut conduire les esprits les plus droits à des conséquences excessives. Saint Augustin n'affirmait-il pas que Saül, en gardant les habits de saint Étienne pendant son supplice, était aussi coupable que les bourreaux eux-mêmes?

Est-on coupable de vol pour ne point désigner le voleur à celui qui a été volé? Est-il plus vrai de dire que celui qui loue une mauvaise action est pire que celui qui la commet; que ne pas l'empêcher, lorsqu'on le peut, c'est en assumer la responsabilité?

De semblables propositions nous sembleraient aussi étranges que barbares; et pourtant notre Code pénal, tout en donnant de la complicité une définition plus restreinte, punit indistinctement de la même peine que l'auteur principal tous les modes de participation, directe ou indirecte, qui rentrent dans les catégories de la loi. Sans doute, le minimum et le maximum de la peine étant donnés, le juge saura proportionner la répression à la culpabilité de chacun; mais plus la loi a témoigné de confiance dans son appréciation, plus le magistrat doit se rendre compte des divers degrés que comporte la complicité et des dangers d'une doctrine trop absolue.

Ainsi, il n'est pas inutile de faire remarquer avec M. Tissot que les maximes rigoureuses que nous avons critiquées tiennent à la confusion du for intérieur avec le for extérieur. Si en effet, dans certains cas donnés, celui qui conseille un crime ou qui l'approuve peut être aussi coupable en conscience que celui qui l'exécute, le juge qui les frapperait aveuglément d'une peine identique s'exposerait à de graves erreurs; car il n'est jamais sûr de pouvoir mesurer le degré de perversité morale d'un agent. Il est plus sage de considérer avant tout l'acte ex-

térieur qui est toujours susceptible de mesure. Or il est évident qu'en se plaçant à ce point de vue, on pourra distinguer des nuances infinies dans la culpabilité du complice. C'est donc à bon droit qu'une sage théorie se demandera si l'auteur principal pouvait exécuter son crime sans la participation du complice, si celui-ci est désintéressé ou intéressé, si celui qui donne des instructions à l'auteur du crime avait plus ou moins d'autorité ou d'ascendant sur lui, etc., etc.

La doctrine de l'intimidation, bannie de nos Codes, ne pourrait y rentrer sans entraîner certaines modifications incompatibles avec l'état de nos mœurs. C'est d'abord en vertu de ce principe que certaines législations frappaient tous les membres d'une famille ou quelques-uns seulement pour le délit d'un seul, soit que la solidarité s'étendît à la peine proprement dite, comme au Japon, en Chine, soit que l'on se contentât de faire retomber l'infamie du coupable sur toute sa postérité.

Une autre doctrine imposerait à l'État l'obligation de faire payer au coupable jusqu'à la dernière obole, de lui faire expier le crime et de réparer le mal moral par le mal physique. Elle aurait pour première conséquence la suppression de l'article de notre Code pénal qui n'inflige qu'une peine (la plus grave) contre l'auteur de plusieurs crimes ou délits. C'est ainsi que le Code brésilien permet le cumul des peines.

Pour justifier la mansuétude de nos lois, il suffit de se rappeler cette considération capitale : la société n'est pas moralement obligée de punir, mais elle y est seulement contrainte par l'intérêt de sa conservation ; et en supposant même qu'elle en eût le droit, en l'absence de cet intérêt, il lui serait toujours permis d'en faire l'abandon partiel, dès qu'elle croirait avoir pourvu à sa sûreté par des mesures suffisantes.

La crainte de dépasser de justes limites dans la répression a certainement décidé le législateur à fermer les yeux sur d'autres inconvénients, lorsqu'il a permis au juge d'admettre en faveur des inculpés des circonstances atténuantes. On ne saurait se dissimuler que cette faculté de faire descendre la peine au-dessous du minimum légal présente des dangers, et qu'une indulgence mal entendue pourra parfois assurer l'impunité d'un criminel endurci. Cet arbitraire est encore plus grand dans le cas où un délinquant est traduit pour la deuxième fois, pour la vingtième, si l'on veut, devant la justice répressive.

Aussi n'est-il pas de matière qui ait soulevé une controverse plus sérieuse. D'un côté, dans son discours de rentrée, M. l'avocat général de Gaujal signalait, à côté de l'indulgence des magistrats, le nombre formidable des récidives, et il insistait pour qu'une disposition nouvelle enlevât au juge du premier degré la faculté de faire descendre la peine au-dessous du minimum, à l'égard des récidivistes. En réponse à cette doctrine, d'autres jurisconsultes (MM. Flandin, Morin, Bertin) réclamaient le maintien de la législation actuelle. En même temps, M. Tissot allait jusqu'à dénier au législateur le droit d'édicter indistinctement contre le récidiviste une peine plus forte que celle que le délinquant ordinaire aurait encourue dans le même cas.

Nous devons tout d'abord prévenir une confusion : les conclusions de l'auteur sont en définitive conformes au système de notre Code qui donne au juge la faculté, soit d'infliger au récidiviste une peine plus élevée, soit de lui faire l'application de la peine ordinaire. Dans sa controverse aussi ingénieuse que savante, M. Tissot n'a négligé aucune des considérations qui peuvent faire hésiter le magistrat et le jurisconsulte en une matière aussi délicate.

Toutes les législations, d'accord avec la morale ordinaire, considèrent le criminel endurci comme plus dangereux que celui qui pèche une première fois, et invitent le juge à tenir compte des bons ou des mauvais antécédents du prévenu. Cependant, dès que l'on en vient à l'application, l'embarras commence : faut-il considérer comme récidiviste l'inculpé qui, ayant commis une première infraction n'a pas subi de peine (soit que la peine ou le délit ait été prescrit); faut-il le traiter de la même manière que celui qui, ayant subi une première faute, a donné satisfaction à la justice?

Qui ne voit que celui-ci est plus digne d'intérêt que celui-là, et que le juge qui se montrerait également rigoureux à l'égard de tous deux serait souverainement inique? Et d'un autre côté, il serait dangereux que la loi fît du délit non suivi de condamnation un élément de récidive. N'y a-t-il pas une différence analogue entre le voleur d'habitude qui se rend coupable d'un nouveau vol et celui qui, après avoir commis un acte de violence sur une personne, commet un premier vol? Si l'on peut dire de celui-là que la peine précédemment subie n'a pas été suffisam-

ment efficace, il n'en est pas de même de l'autre, parce que, entre un acte de violence et un vol, il n'y a pas d'identité (soit dans les mobiles, soit dans l'objet du délit). Ces deux actes coupables ne sont en réalité que deux fautes isolées qui n'indiquent pas nécessairement chez leur auteur un penchant, une habitude.

Que faudra-t-il décider, si un long intervalle de temps s'est écoulé depuis que le condamné a subi sa peine, et s'il a fait oublier un premier écart par une conduite régulière; si après vingt ans par exemple, il commet un délit de peu d'importance? Faire revivre contre lui une condamnation qu'il a exécutée pour aggraver la nouvelle, ne serait-ce point le punir deux fois? Que si l'on prétend qu'il est juste de frapper avec plus de rigueur une perversité plus grande, on pourra se tromper souvent, et d'ailleurs on s'écartera du principe salutaire qui prescrit avant tout de proportionner la peine au préjudice réel causé à l'ordre public ou à l'intérêt privé; qui défend de voir dans la perversité du coupable, dans ses sentiments intimes, la matière principale du délit et de la répression. Autrement, il faudrait punir les fautes d'intention et entrer dans le domaine de la morale pure : pour être conséquent, on irait jusqu'à excuser le délit lorsque le coupable invoquerait, pour se justifier, un mobile louable ou désintéressé; on donnerait souvent un bill d'indemnité aux auteurs des crimes politiques proprement dits, etc., etc.

Il resterait à dire que, dans le fait même de la récidive, le juge trouve la preuve que la peine précédemment subie n'a point été efficace ou n'a pas corrigé le coupable; qu'une peine plus sévère est nécessaire afin de prévenir une nouvelle rechute.

Ici se révèle le danger d'une théorie fondée soit sur l'efficacité de l'exemple ou de l'intimidation, soit sur la nécessité de la correction ou de l'amendement du coupable. De pareils systèmes, en effet, conduiraient le législateur ou le juge à élever indéfiniment le niveau de la peine et à en mesurer les rigueurs, non pas sur la gravité du fait considéré en lui-même, mais d'après le degré de perversité *présumée* de l'inculpé, sur le besoin actuel plus ou moins grand de faire un exemple. Ce serait revenir au régime, aujourd'hui condamné, des peines atroces si fréquentes et (on peut l'assurer) si peu efficaces, de notre ancienne jurisprudence. Dans quelle voie de terreur ne serait-on

pas engagé et jusqu'où ce système d'aggravation nous conduirait-il?

Après avoir épuisé la discussion sur le sujet de la récidive, M. Tissot ne pouvait manquer de nous donner une solution. Ses conclusions, il faut en convenir, ne sont proposées qu'avec une certaine hésitation : il avait si fortement ébranlé les théories imprudentes admises par quelques jurisconsultes afin de justifier leurs rigueurs contre les récidivistes, qu'il s'est trouvé moins riche en arguments pour justifier son opinion personnelle. L'auteur approuve, en effet, la règle pratique adoptée par notre Code pénal. Il suffit de considérer dans quelle mesure elle est applicable pour que l'esprit le plus scrupuleux en reconnaisse la justice. Si la loi imposait indistinctement au juge l'obligation d'infliger le maximum ou le double de la peine ordinaire au prévenu récidiviste, une pareille injonction serait à la fois inique et d'une application dangereuse; elle mériterait les critiques dont nous venons de donner l'analyse. Mais il importe de considérer qu'il n'y a de récidive légale que dans le cas où un individu déjà frappé d'une peine de plus d'une année d'emprisonnement se trouve convaincu d'un nouveau délit; or personne n'ignore que, dans l'usage, cette mesure n'est atteinte qu'à l'égard de la vingtième partie des prévenus [1], la classe la plus dangereuse des délinquants. En outre, la règle qui prescrit au juge d'élever la peine au maximum, et qui lui permet même de la porter au double, n'est pas absolument impérative : s'il existe des circonstances atténuantes, le récidiviste peut être traité avec la même indulgence que le prévenu ordinaire.

Il reste à justifier cette faculté d'aggravation, et M. Tissot l'a fait avec discernement, en posant en principe que, si la société n'est pas obligée de punir pour punir, elle a du moins le devoir de se défendre contre les malfaiteurs.

« Or le législateur qui est en présence d'une récidive possible, après un premier châtiment enduré, peut raisonnablement penser que les moyens de défense établis pour le premier délit, et fondés uniquement sur le principe de l'équité pénale ou de la réciprocité, ne sont pas suffisants pour garantir la société... Cette protection comprend même les droits du coupable qui ne

[1] V. la statistique criminelle pour l'année 1858.
46 condamnés à plus d'un an sur 1,000 prévenus;
112 sur 1,000 condamnés à l'emprisonnement.

doit être puni que dans une juste mesure. Or cette mesure est juste, d'abord quand elle ne dépasse point le mal occasionné par le délit; elle l'est encore et ensuite, quand, dépassant le mal occasionné par la récidive, elle n'est cependant regardée par une raison saine et calme que comme purement suffisante pour contenir un ennemi plus ou moins déclaré de la justice. »

Nous oserons aller plus loin et nous dirons, qu'en frappant le récidiviste d'une peine plus forte, la loi ne s'écarte pas sensiblement du principe de réciprocité. Tout en reconnaissant que la société puise dans le droit de se défendre celui de punir le coupable dangereux, de façon à l'arrêter pour l'avenir, nous croyons que ce but est d'autant mieux atteint que la règle ordinaire est plus respectée.

Que doit-on entendre en effet par la *réciprocité pénale?* C'est une juste proportion entre le mal physique infligé au délinquant et le mal qu'il a occasionné par son fait. Mais pour établir cette proportion, pour graduer les peines, le législateur prend en considération l'état des mœurs générales, le degré de civilisation, l'empire plus ou moins grand du sentiment de l'honneur, l'état de bien-être des différentes classes de la société, etc... Soit que la peine blesse le condamné dans sa fortune, dans sa liberté ou dans son honneur, il importe qu'elle ne soit ni trop faible ni trop rigoureuse. Mais on comprend qu'en fixant un maximum et un minimum, on n'obtient qu'une moyenne; on présume qu'elle sera efficace à l'égard de toute personne qui n'est ni douée d'une sensibilité excessive, ni endurcie à l'avance contre la répression et la souffrance. Or, par cela seul qu'un coupable s'est mis une ou plusieurs fois en état de récidive, on doit croire que la peine n'a pas agi avec une énergie suffisante. Ce récidiviste se trouve en dehors de la moyenne ordinaire des hommes; la présomption qui avait servi à déterminer l'intensité du châtiment se trouve fausse, si on l'applique à ce criminel émérite, et dès lors, en prononçant contre lui le maximum de la peine ou même une peine plus forte, on ne viole aucune règle d'équité. Au contraire, le traiter comme un délinquant ordinaire, ce serait accepter pour vraie une présomption vérifiée inexacte, savoir, que la peine normale sera efficace à son égard comme elle le serait à l'égard du délinquant qui paraît pour la première fois devant la justice.

On ne tombe pas dans l'arbitraire, car ici la peine aggravée est en réalité aussi équitable que le serait l'application de la peine ordinaire dans les autres cas.

Le même principe d'équité justifie la faveur des circonstances atténuantes, lorsqu'elle est accordée par les tribunaux avec mesure et discernement. On ne saurait trop le répéter : la loi statue dans des termes généraux et enveloppe dans une définition commune tout un ordre de délits qui varient à l'infini dans la réalité. Dès que le fait punissable devient, par son peu de gravité, autre chose que le délit que le législateur a voulu punir, il est juste que la peine s'abaisse au-dessous du minimum et que le juge puisse déclarer des circonstances atténuantes. Cette dérogation à la règle n'est pas moins équitable que l'aggravation attachée à la récidive; elle est même plus légitime, et nous en trouvons la preuve dans le Code de justice militaire, où la récidive n'est point prévue en thèse générale et où la faculté d'accorder le bénéfice des circonstances atténuantes est conférée aux conseils de guerre.

Cette simple observation suffirait, il nous semble, pour justifier l'innovation que nous devons au législateur de 1832.

M. Tissot, en donnant toute l'importance d'un principe fondamental à la règle qui prescrit d'établir un juste rapport entre la peine et la lésion résultant du délit, s'est du reste conformé aux doctrines de la philosophie allemande. Kant avait déjà fait justice des théories erronées qui avaient égaré l'ancienne jurisprudence.

« La peine juridique ne peut être décernée comme un simple moyen de procurer un autre bien, même au profit du coupable et de la société ; mais elle doit toujours l'être contre le coupable, par la seule raison qu'il a délinqué; car jamais un homme ne peut-être pris pour instrument des desseins d'un autre homme, ni être compté au nombre des choses... Le malfaiteur doit être jugé punissable, avant qu'on ait pensé à retirer de sa peine quelque utilité pour lui et ses concitoyens... »

« Mais quelle espèce et quel degré de châtiment la justice publique doit elle se poser pour principe et pour règle? Pas d'autre que le principe d'égalité, appréciée à la balance de la justice, sans pencher plus d'un côté que de l'autre. Par conséquent, le mal non mérité que tu fais à un autre, tu te le fais à toi-même ; si tu le déshonores, tu te déshonores toi-même ; si

tu le voles, tu te voles toi-même; si tu le frappes, si tu le fais mourir, tu te frappes, tu te fais mourir toi-même [1] ».

Hegel, depuis lors, est entré plus profondément encore dans la vérité : quelque longue que doive être notre citation, nous demandons la permission de reproduire toute la pensée de l'auteur, parce que d'abord on ne saurait trop insister sur des notions aussi importantes, et enfin parce qu'elles sont présentées sous une forme peu commune.

« La théorie des peines est une des matières qui, dans les temps modernes, a laissé le plus à désirer. Lorsque le délit et sa suppression (c'est-à-dire la peine) sont considérés comme un mal en général, il semble irrationnel de vouloir un mal par cela seul qu'un premier mal existe. On a fait du châtiment un moyen de prévenir, d'effrayer, de menacer, d'améliorer le coupable : ces théories ont un vice commun qui consiste à considérer la peine comme un mal et en même temps à voir un bien dans tout ce qui en dérivera. Mais ici il n'est pas question de bien ou de mal, il s'agit à proprement parler de justice ou d'injustice. Les différents résultats de la peine et ses différentes fins peuvent être acceptés par la conscience : l'intimidation, l'amélioration sont d'une importance capitale, lorsqu'il s'agit de déterminer telle ou telle espèce de peine, mais c'est à la condition que celle-ci soit juste en soi. Il résulte de ceci que le délit doit être supprimé, non pas parce qu'il est cause d'un mal, mais parce qu'il constitue une violation du droit; c'est là le mal qu'il faut détruire...

« Le délit étant la négation du droit, la peine qui venge la violation du droit est la négation d'une négation; elle efface le délit, et le droit demeure immuable. Cette annulation d'une violation du droit, en d'autres termes la réparation d'un dommage, s'opère au moyen d'une compensation pécuniaire, toutes les fois qu'elle est possible...

« En fait, tout délit est appréciable en qualité et en quantité, il en est de même de la peine. Si l'on s'attache à l'opinion commune et universelle qui veut que le malfaiteur souffre le mal qu'il a fait souffrir à autrui, on en conclura qu'il doit y avoir, autant que possible, égalité entre le châtiment et le délit. Mais il ne peut être ici question d'une égalité spécifique, laquelle ne serait autre que le talion considéré comme type de toute

[1] *Philosophie du droit*, p. 207.

pénalité. Son application (œil pour œil, dent pour dent), soulèverait une première difficulté, si l'on supposait que le coupable est déjà borgne ou qu'il n'a plus de dents, etc....

« L'égalité dont il s'agit est donc une égalité relative : il faut trouver ici l'analogue de ce que les économistes appellent la *valeur*, laquelle représente dans les échanges la véritable égalité des choses. Il ne saurait, du reste, y avoir rien d'absolu dans cette matière : la juste réciprocité se révèle comme un besoin qu'il faut s'efforcer de satisfaire le mieux possible, un idéal dont il faut se rapprocher sans cesse, mais qui ne sera jamais complétement réalisé. Il en est autrement dans le cas d'homicide : comme la vie est l'homme tout entier, aucune partie de la personne ou de l'existence du meurtrier n'est une valeur équivalente à la vie même qu'il a détruite ; la seule peine équitable est donc la mort de coupable. »

L'autorité de ce profond penseur est ici d'autant plus imposante qu'il a fait preuve, dans cette partie de la philosophie du droit d'un bon sens, et d'une sagacité qui lui font quelquefois défaut. Il y a même quelque modestie de sa part à reconnaître que le droit pénal n'est ni infaillible ni immuable, et qu'il n'y a point de rapport absolu entre telle catégorie de délits et telle peine déterminée. Nous ne pouvons mieux terminer cette étude qu'en transcrivant ce nouveau passage de Hegel :

« La propriété et la personne sont juridiquement garanties dans la société civile, et par suite, le délit n'est plus seulement la violation d'un droit privé, mais une lésion dont souffre l'universalité elle-même qui a sa vie et ses droits. A ce point de vue, le délit est plus ou moins grave, suivant que le danger auquel il expose la société est plus ou moins grand, et réciproquement, la force de l'État, sa sécurité assise sur des bases plus fermes, atténue les délits et doit avoir pour conséquence l'adoucissement de la pénalité.....

« L'importance du délit, sa quantité ou sa qualité sont déterminées par les lois en vigueur et par la conscience : or le danger qui en résulte pour la société est une de ses qualités, et par suite, la qualité ou la gravité du délit varient suivant les conditions de temps et de stabilité de la société civile, conditions d'où dépend la rigueur ou la douceur de la peine..... C'est pourquoi un Code pénal n'appartient et ne convient qu'à son temps, de même qu'à un milieu social déterminé.

« Il semble néanmoins contradictoire qu'un délit considérable soit, à raison de l'état social, puni avec plus d'indulgence qu'il ne le serait dans des circonstances différentes. Mais il faut considérer que s'il est impossible, en principe, de laisser un délit impuni, du moins, lorsque la société a acquis une stabilité inébranlable, le délit n'est plus qu'un acte isolé, purement phénoménal : on est tenté d'y voir le résultat d'un mouvement irréfléchi plutôt que l'acte d'une volonté éclairée; il se présente ainsi avec des caractères moins graves, et la peine doit être plus douce..... Là où le délit laisse de faibles traces, il doit en être de même du châtiment..... Si la société était au contraire vacillante, la peine devrait être plus exemplaire, parce qu'il faudrait détruire, par le même moyen, la fâcheuse exemplarité du délit..... Les délits et les peines ne changent pas de nature suivant les temps, ce sont leurs rapports qui varient[1].....»

Nous voyons par là combien le progrès et les réformes, en matière pénale, sont légitimes; comment les changements dans les mœurs et dans l'état social entraînent nécessairement des modifications dans l'économie de la législation. L'expérience a justifié celles que le législateur y a introduites en 1832. Il est à remarquer en effet que les vols et les délits de mendicité ont subi, de même que les crimes en général, une certaine diminution depuis quelques années; que, d'un autre côté, les tribunaux ont en dernier lieu fait une application plus sobre des circonstances atténuantes et maintenu la répression à un niveau plus élevé. Celle-ci a eu des effets salutaires sans devenir trop rigoureuse.

Si l'on veut bien jeter un coup d'œil sur l'ensemble des considérations que nous avons ci-dessus développées, on verra que nos lois pénales sont en harmonie avec les doctrines les plus sages et en même temps les plus libérales; on y puisera, nous l'espérons, cette conviction que nos Codes ont satisfait, dans la mesure du possible, aux exigences de la science pure, qu'ils ne sont point fermés aux améliorations dont la nécessité peut se faire sentir. La pensée dans laquelle ils ont été rédigés en a pour ainsi dire vivifié toutes les dispositions, au point qu'elles

[1] Hegel, *Philosophie du droit*, §§ 97, 99, 210, *passim*. Nous avons traduit avec la plus grande liberté, afin de rendre la pensée de l'auteur plus saisissable.

sont comprises et appliquées sur tous les points du territoire avec un égal discernement et un esprit de suite remarquable [1]. Bien que l'on ait laissé aux juges une certaine latitude d'appréciation, ils font partout à peu près la même part aux sévérités nécessaires et aux circonstances atténuantes. Cet heureux mélange des qualités pratiques qui distinguent nos jurisconsultes et de l'esprit philosophique, dans une juste pondération, est à la fois le caractère propre et l'honneur de notre législation.

J. SIMONNET.

NÉCROLOGIE.

M. FOUCART.

M. Foucart, doyen de la Faculté de droit de Poitiers, vient de mourir à Paris. Nous lui rendions, il y a quelques jours, les derniers devoirs; c'est continuer ce pieux office que de dire ici quelques-uns de ses titres à nos regrets.

M. Foucart avait beaucoup d'amis. En en acquérant de nouveaux, il avait conservé tous ceux de sa jeunesse. Il méritait bien qu'on lui fût fidèle.

C'était un esprit des plus agréables, une parole vive et semée de saillies, avec des manières ouvertes, un accueil empressé et cordial. Sous cela, un caractère sûr, la fermeté des principes, la chaleur du dévouement.

Il présentait, dirai-je l'accord ou le contraste d'une certaine légèreté qui n'était qu'apparente avec la direction d'idées en réalité la plus grave, et des habitudes intérieures sévères presque jusqu'à l'austérité. Aimable et enjoué dans le monde, volontiers il eût partagé les jeux de ses élèves, à condition de ne rien céder, un instant après, des justes exigences d'un examen consciencieux. Sitôt que commençait le devoir, rien n'égalait sa scrupuleuse exactitude, si ce n'était le plaisir qu'il

[1] Ce qui le prouve, c'est que d'une année à l'autre, on remarque à peu près la même proportion entre les prévenus condamnés, les acquittés et les diverses catégories de pénalités appliquées.

trouvait à l'indulgence quand il se la croyait permise, et son regret lorsqu'elle ne l'était pas.

Il écrivait comme il parlait, avec une simplicité de bon goût, une facilité élégante, un tour vif et piquant. D'ordinaire, il se tenait à la surface du sujet et en cueillait délicatement la fleur. Il y a de lui dans les *Bulletins* de la Société académique de Poitiers et dans les *Mémoires* de la Société des antiquaires de l'Ouest, dont il avait été l'un des fondateurs, des travaux divers qui tous ont de l'intérêt. Il savait donner de l'agrément à toutes choses. Dans les séances publiques, lorsqu'on le voyait prendre la parole, l'auditoire, toujours un peu inquiet, se rassurait. Il n'y avait à redouter de sa part ni les longueurs ni la science pesante. On savait qu'il dirait bien et qu'il ne dirait pas trop.

Il avait été l'un des premiers collaborateurs de la *Gazette des tribunaux*, et, plus tard, de la *Revue de législation*; mais son principal titre comme écrivain et comme jurisconsulte, ce sont ses *Éléments de droit public et administratif*. Lorsque cet ouvrage parut, il y a trente ans environ, le droit administratif était pour ainsi dire chose nouvelle. On allait jusqu'à lui contester son titre et sa dignité de science, n'y voulant voir que des expédients ou des pratiques sans liens de doctrine et en dehors de tout ensemble théorique. Le livre de M. Foucart contribua efficacement à corriger cette erreur. Il prouva l'existence de la science en en exposant les principes. L'ouvrage, accueilli de suite avec faveur, vit son succès s'accroître à mesure de ses additions successives. Il ne compte pas aujourd'hui moins de cinq éditions. D'autres traités, justement estimés, ont paru depuis sur la même matière; celui de M. Foucart gardera sa place auprès d'eux. J'y louais, dès 1836 [1], « la netteté des explications, l'à-propos et la sobriété des développements, la clarté parfaite du style; » le jugement public a confirmé cette appréciation.

M. Foucart avait été choisi l'un des premiers pour l'enseignement, en province, du droit administratif. Ce fut pour lui un honneur plus grand encore d'être nommé doyen de la Faculté de Poitiers, après M. Boncenne. Il y avait là, formés pour la plupart à l'école de cet éloquent professeur, l'un des maîtres les plus brillants de la chaire moderne, des hommes, et ils y sont encore, dont on eût pu déjà se sentir fier d'être le collègue.

[1] Dans la *Revue de législation*, 1836, pages 118 et suiv.

Je les connais; j'ai parmi eux des amis; je ne doute pas de leurs douloureux regrets. Et comment n'eût-on pas ressenti une estime profonde, surtout à les voir de si près, pour cette justice scrupuleuse, cet amour religieux du devoir, ces sincères et fortes croyances? A vrai dire, M. Foucart avait un défaut, c'était, dans son ardent désir de bien faire, de toujours craindre de ne pas faire assez bien!

Il avançait ainsi dans la vie, sans déclin encore trop marqué. En vieillissant avec lui, quelquefois nous lui portions envie. L'idée qu'il pût nous quitter le premier ne fût venue à aucun de nous. Hélas! nous n'étions pas dans les redoutables secrets de la Providence. Il y a des douleurs qui tuent : M. Foucard est mort de la mort de sa fille.

Et cependant d'autres liens, qui ne lui étaient pas moins chers, eussent pu le retenir : il laisse après lui trois fils, parmi lesquels un intéressant jeune homme[1], qui pouvait avoir plus besoin de direction et d'appui. Que la mémoire de son père le protége! il n'a pas à recueillir d'autre héritage. Mais n'est-il pas juste que l'État se souvienne de ceux qui l'ont bien servi? Nous passons si vite que le temps nous manque pour jouir du peu que nous avons fait. Si on en tient compte après nous, la vie sera moins courte et la mort moins amère!

NICIAS GAILLARD,
Président à la Cour de cassation.

[1] Alexis Foucart, employé dans l'administration des lignes télégraphiques.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière de procédure civile,

Par M. Armand Bonnet, conseiller à la Cour impériale de Poitiers, docteur en droit, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

§ 1er. *Le jugement qui, en matière d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire, ordonne, par application de l'article 893 du Code de procédure civile, la preuve des faits articulés par le demandeur, doit être rendu en chambre du conseil et sans publicité.*

Poitiers, 4 juin 1860 (audience solennelle); M. de Sèze, premier président; M. Darnis, premier avocat général.

La solution que nous recueillons ici [1] sert de couronnement à la doctrine qui fait de la poursuite en interdiction ou en dation de conseil judiciaire une procédure à part, et soumise à des règles exceptionnelles. Nous n'y voyons que le corollaire presque obligé d'une décision de la Cour régulatrice du 6 février 1856, jugeant que la nomination de l'administrateur provisoire que le tribunal a le droit de commettre pour prendre soin de la personne dont l'interdiction est poursuivie, se peut régulièrement faire en Chambre du conseil, loin de toute publicité [2]. Sans chercher à établir entre les deux situations une trop complète assimilation, sans prétendre qu'on se puisse prévaloir en faveur de l'une de toutes les considérations qui sont invoquées au secours de l'autre; tout en reconnaissant même que les raisons de texte développées dans les savantes conclusions qui ont préparé la décision de la Cour suprême militent avec moins de puissance dans l'espèce actuelle que

[1] En voici le texte : « Attendu qu'en matière d'interdiction et de dation de conseil judiciaire, la publicité n'est expressément ordonnée par la loi (art. 498 du Code Nap.), que pour le jugement qui statue définitivement; que l'instruction de ces sortes d'affaires doit avoir lieu en chambre du conseil, et que les jugements qui s'y rapportent doivent également être rendus en chambre du conseil; que cette dérogation aux principes généraux s'explique et se justifie par les égards dus à la position du défendeur et aux secrets des familles. »

Attendu en fait que...

Par ces motifs, confirme.

[2] Dalloz, 56. 1. 71.

dans celle soumise à la haute appréciation de cette Cour, nous croyons fermement qu'ici encore la lettre de nos codes suffit à la démonstration, et que, par son rapprochement des précédents législatifs, elle fournit réponse à toutes les objections.

Les précédents! ils sont fort concluants. Ils nous disent que, jusqu'à la promulgation de nos lois modernes, la procédure en interdiction demeura secrète; que tous les actes s'en firent, sans en excepter le jugement définitif, loin de toute publicité, en chambre du conseil ou en l'hôtel du juge. Des lettres patentes données à Versailles le 25 novembre 1769 [1] nous montrent même qu'antérieurement à cette dernière époque, la conduite de l'affaire entière était confiée à un juge unique, au lieutenant civil; qu'à lui était adressée la requête; que lui seul y répondait; qu'à lui incombait la charge des avis des parents, de l'interrogatoire et de tous les autres actes d'instruction, après quoi il procédait, également seul et en son hôtel, au jugement définitif de la demande.

« Sur le compte que nous nous sommes fait rendre des usages « introduits dans les siéges inférieurs en matière d'interdiction « pour démence, fureur ou prodigalité et concernant les main- « levées d'icelles, nous avons reconnu qu'il y avait beaucoup « de diversités dans les usages, et qu'il en était résulté des con- « testations aussi nuisibles tant au bien de la justice qu'à l'in- « térêt de nos sujets : nous avons cru devoir déterminer d'une « manière invariable la règle qui *aurait dû* être toujours suivie « dans une matière aussi importante. A ces causes..... Voulons « et nous plaît qu'il ne puisse être à l'avenir statué sur *les de-* « *mandes en interdiction*..... non plus que sur *les demandes en* « *mainlevées d'icelles*, que sur *les conclusions de la partie pu-* « *blique* des siéges où lesdites demandes seront pendantes et « *par délibération desdits siéges*, soit que les interdictions et « mainlevées d'icelles soient consenties ou qu'elles soient con- « testées. »

Jusque-là, deux choses sont à remarquer : on veut qu'à l'avenir et contrairement à ce qui s'était pratiqué précédemment, il ne soit statué sur *la demande principale*, que *partie publique ouïe*, et après *délibération du tribunal entier*. Là, se borne l'innovation, 1° audition de la partie publique, 2° substitution,

[1] V. Anciennes lois françaises, par Isambert, Decrusy et Taillandier, t. XXII, p. 493, n° 983.

mais en ce qui concerne le jugement définitif seulement, du tribunal entier au juge unique. La preuve de cette vérité résulte des paroles qui suivent aussitôt : « Faisons défenses à tous « juges de statuer *seuls et en leurs maisons* sur *les interdictions* « et *mainlevées d'icelles* à peine de nullité et de tous dommages « et intérêts, même de prise à partie s'il y échet, *dérogeant à* « *tous usages à ce contraires.* » C'était dire textuellement ce qui résultait déjà implicitement des paroles précédentes : obligés qu'ils sont de se réunir pour délibérer, les membres du tribunal ne pourront plus statuer, chacun à part soi, en leurs hôtels. Mais où statueront-ils? En audience publique? Nullement, dans la chambre même de leur délibération, loin de toute publicité comme par le passé. Cela est de toute évidence. Ce qu'on veut c'est que la décision n'émane plus d'un juge unique. C'est pour cela qu'on le fait sortir de son hôtel, et qu'on l'oblige à venir délibérer avec ses collègues. Rien n'est donc changé en ce qui concerne la publicité. Le jugement sera, comme par le passé, rendu *à huis clos*, seulement il sera l'œuvre de plusieurs au lieu d'être l'œuvre d'un seul. « Pourront néanmoins les juges, « est-il dit, en terminant, faire seuls les avis de parents, inter- « rogatoires et autres procédures *de pure instruction* pour par- « venir aux dites interdictions et mainlevées, soit *en leurs mai-* « *sons*, soit ailleurs, suivant l'exigence des cas et les usages « des siéges. »

Donc — et c'est ce qu'il nous faut retenir — jusqu'à nos lois nouvelles, tous les actes de la procédure en interdiction, y compris le jugement définitif, s'accomplirent *sans publicité aucune*, en chambre du conseil ou en l'hôtel du juge. La législation actuellement en vigueur a-t-elle modifié cet état de chose? Oui. Mais dans quelle mesure? C'est ce qui reste à examiner.

Le demandeur en interdiction ou en dation de conseil judiciaire, commence par présenter requête au président du tribunal. Dans cette requête il énonce les faits qui motivent sa poursuite. Il y joint les pièces justificatives (493 C. N., et 890 C. p. c.). Le président communique au ministère public, et commet un rapporteur (891 C. p. c.). Ce ne sont encore là que des préliminaires. Ils ont cela de commun avec l'ancienne forme de procéder, qu'ils n'exigent que l'intervention d'un juge unique, et que ce juge rend son ordonnance où il veut, et dans la forme qui lui convient le mieux. Viennent ensuite les

voies d'instruction proprement dites : Sur le rapport du juge commis et les conclusions du ministère public, *le tribunal* ordonne que la famille sera consultée dans la forme de droit sur l'état de la personne dant l'interdiction est poursuivie, et sur l'opportunité qu'il peut y avoir à faire droit à la demande (494 C. N., 892 C. p. c.). Après cela *le tribunal* interroge le défendeur *à la chambre du conseil* (496 C. N.), signification préalablement faite à ce défendeur de la requête et de l'avis de la famille (893 C. p. c.). Après cet interrogatoire, *le tribunal* commet, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne et des biens du défendeur (497 C. N.), et ordonne, en cas d'insuffisance des preuves résultant des pièces produites, de l'avis de parents et de l'interrogatoire, l'enquête qui se doit faire dans la forme ordinaire, à moins que les circonstances n'exigent qu'il y soit procédé hors de la présence du défendeur, qui pourra toujours y être représenté par son conseil. C'est là ce que, tout à l'heure, nous appelions la période d'instruction qui doit précéder et préparer le jugement définitif.

Ici nous apercevons un changement à l'ancien mode de procéder, mais nous n'en saurions voir deux. Dans l'ancienne jurisprudence, l'instruction ne mettait en mouvement qu'un seul magistrat. Aujourd'hui elle est l'œuvre de plusieurs. C'est le tribunal entier qui ordonne la convocation de la famille; qui, dans les cas ordinaires au moins, procède à l'interrogatoire; qui, s'il y a lieu, nomme l'administrateur provisoire; qui, enfin, ordonne l'enquête, si le besoin vient à s'en faire sentir. Dans l'ancien droit, tous ces actes d'instruction se faisaient en l'hôtel du juge, à huis clos par conséquent. N'est-ce pas déjà une forte raison de supposer qu'aujourd'hui ils se doivent accomplir sans publicité, en chambre du conseil. Nous verrons bientôt que les raisons qui, dans l'ancien droit, avaient motivé cette dérogation à une règle déjà générale, celle de la publicité des décisions judiciaires, n'ont rien perdu de leur puissance aujourd'hui.

Personne ne conteste que le jugement qui demande l'avis de la famille, et qui ordonne l'interrogatoire, ne doive être rendu en chambre du conseil. Le doute est moins admissible encore en ce qui regarde l'interrogatoire, puisque la loi nous dit textuellement qu'il en devra être ainsi hors des cas où il serait impossible au défendeur de s'y rendre. Quant au jugement qui nomme

l'administrateur provisoire, nous n'avons pas seulement une décision de la Cour suprême pour nous déterminer à penser qu'il doit être également rendu à huis clos ; nous avons, ce qui vaut mieux encore, nous avons les raisons péremptoires dont on trouve le développement dans le savant réquisitoire qui a préparé cette décision [1] ; nous avons l'exposé des motifs de la loi, qui nous dit qu'*aussitôt* après l'interrogatoire (en chambre du conseil conséquemment), le tribunal doit, s'il y a lieu, commettre l'administrateur provisoire. Nous avons, pourquoi ne le répéterions-nous pas après le savant avocat général de 1856, nous avons plus que tout cela encore, nous avons la loi elle-même, l'article 32 de la loi du 30 juin 1838, qui nous dit que le tribunal pourra, *en conformité des prescriptions de l'article 497 du Code Napoléon,* nommer, *en chambre du conseil,* un administrateur provisoire aux biens de toute personne non interdite placée dans un établissement d'aliénés.

Ainsi, c'est en chambre du conseil qu'est rendu le jugement sur rapport qui ordonne que la famille sera consultée. C'est en chambre du conseil que le défendeur est interrogé. C'est encore là, en chambre du conseil, après cet interrogatoire, que, d'office, il est procédé à la nomination de l'administrateur provisoire. Pourquoi en serait-il autrement du jugement qui ordonne l'enquête? Où serait la raison sérieuse de différence? Voyons d'abord les textes, et comparons.

Première situation : Nous sommes à la chambre du conseil où vient d'être interrogé le défendeur. *Aussitôt* après cet interrogatoire, nous dit l'article 497 interprété par l'un de ses organes officiels, le tribunal commettra, s'il y a lieu, un administrateur provisoire pour prendre soin de la personne du défendeur. On conclut avec raison de ce rapprochement, de cette liaison dans le temps comme dans les faits à une sorte d'*identification* (je demande pardon pour l'expression), dans les lieux où ils se doivent accomplir.

Deuxième situation : Comme tout à l'heure nous sommes en chambre du conseil où le défendeur vient d'être interrogé. Si l'interrogatoire et les pièces produites sont insuffisants, dit à son tour l'art. 893 du code de procédure civile, et si les faits peuvent être justifiés par témoins, le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, *l'enquête* qui se fera dans la forme ordinaire.

[1] V. dans Dalloz, *l. c.*

Serions-nous, moins que dans l'hypothèse précédente, autorisé à conclure, en l'absence de toute indication contraire, que ces deux faits (l'interrogatoire et le jugement qui ordonne l'enquête), qui viennent l'un à la suite de l'autre dans l'ordre des textes, se doivent accomplir au même lieu, et par conséquent, en chambre du conseil? La loi qui le dit textuellement pour le premier n'avait-elle pas pour devoir de s'expliquer si elle eût entendu qu'il en fût autrement pour le second? Comment ne pas appliquer ici la réflexion que faisait M. le premier avocat général Nicias Gaillard au sujet du jugement qui nomme l'administrateur provisoire : « Il y a ici un rapport, une liaison dont l'esprit est vivement frappé, ou plutôt c'est une chose matérielle et visible qui est du ressort des sens presque autant que de celui de l'intelligence [1]. »

L'agencement des textes ne répugne donc pas plus à la conclusion de l'arrêt de la cour de Poitiers du 4 juin 1860, qu'il ne répugnait à celle tirée, en 1856, par l'arrêt de la Cour suprême, et peut-être pourrions-nous sans trop de témérité, induire dès à présent avec certitude du silence de nos lois nouvelles, en ce qui concerne la publicité de tous et de chacun des actes et jugements appartenant à la période d'instruction de la poursuite en interdiction ou en dation de conseil judiciaire, au maintien de l'ancienne jurisprudence sur ce point délicat.

Mais ce n'est pas tout. Le silence du législateur n'a ici rien d'absolu et d'où se puisse induire un oubli de sa part. Après la période d'instruction arrive la décision qui en doit être le couronnement; après les actes préparatoires vient le jugement définitif. La famille a été appelée à donner son avis, l'interrogatoire a été subi; peut être un administrateur a-t-il été nommé; l'enquête dont le besoin s'est également fait sentir a été exécutée. Il ne reste plus qu'à prononcer sur le sort de la demande principale; qu'à dire si ce malheureux qu'on présente comme atteint d'aliénation mentale ou de prodigalité, mérite le nom qu'on s'obstine à lui donner, s'il convient de lui retirer l'exercice de ses droits civils, et voici que la loi, qui jusque-là était restée muette au sujet de la forme des décisions qui ont déjà été rendues et du lieu où ces décisions ont dû se produire, nous déclare catégoriquement que « le jugement sur la demande

[1] V. dans Dalloz, *l. c.*

en interdiction *ne peut* être rendu qu'*à l'audience publique*, parties entendues ou appelées » (498 C. N.). Quoi de plus significatif, et comment douter encore des intentions du législateur?

Les précédents distinguaient entre les actes d'instruction et le jugement définitif. La loi nouvelle conserve cette division. Comme l'ancienne jurisprudence, elle distingue la période préparatoire de la décision qui vient y mettre un terme. Celle-ci, comme autrefois, devra émaner du tribunal entier, mais à la différence de ce qui s'était pratiqué jusque-là, cette décision devra être rendue en *audience publique*. Mais pour tout ce qui a précédé, qu'en sera-t-il? Il en sera, cela est de toute évidence, il en sera comme autrefois, tout se fera sans publicité. C'est la conséquence irrésistible de l'argument *a contrario* qui se présente ici dans toute sa puissance. Rien de changé en ce qui concerne le huis clos; les choses se faisaient en l'hôtel du juge, elles se feront en chambre du conseil, voilà toute la différence. En chambre du conseil, en effet, puisque d'après les anciens principes, tout se devait faire sans publicité et que la loi nouvelle ne parle d'audience publique que pour le jugement définitif.

On n'y était pas venu à l'audience publique (tout le monde en convient) pour le jugement qui a prescrit de prendre l'avis de la famille. On s'y trouvait bien moins encore au moment de l'interrogatoire, car un texte déclare formellement qu'on était en chambre du conseil. Il faut bien qu'on y soit resté dans cette chambre pour le jugement qui à ordonné l'enquête, aussi bien que pour celui qui a eu à commettre l'administrateur provisoire, puisque, pour le dernier acte de la poursuite, c'est-à-dire pour la décision définitive, la nécessité s'est fait sentir d'appeler les parties à l'audience publique. Ce soin particulier que prend ici le législateur de dire qu'il sera statué à l'audience publique, que « le jugement sur la demande en interdiction ou en dation de conseil judiciaire, ne pourra être rendu qu'à l'audience publique » manquerait de sa raison d'être s'il avait d'abord dérogé aux anciens principes, si nous n'étions restés ici dans une matière exceptionnelle, commandant le huis clos pour tous les actes qui ont dû préparer la décision définitive. Le jugement sur la demande en interdiction sera rendu en audience publique, il ne pourra être rendu que là! Où serait l'utilité de pareil avertissement? La *publicité* de l'audience pour un jugement, c'est de droit cela! La loi l'a dit une fois pour toutes. La publicité des débats judi-

ciaires, cette puissante sauvegarde de l'indépendance et de la dignité de la justice, cette précieuse garantie des intérêts des justiciables, elle fait partie de notre droit public; c'est l'une des conditions les plus essentielles de la validité des jugements, tant au civil qu'au criminel; elle constitue depuis des siècles l'une des règles fondamentales de l'ordre judiciaire en France. Cela est écrit partout[1], et le législateur à qui ne saurait être adressé le reproche de superfluité, ne le répète ici pour le jugement qui couronne la poursuite, qu'en vue des anciens principes auxquels on entendait déroger sur ce point particulier.

Voici pour les textes: l'esprit de la loi maintenant, en quoi répugnerait-il à notre solution! Quelles raisons si graves auraient pu modifier les puissantes considérations qui, en cette matière, avaient porté l'ancienne jurisprudence à tenir secrets tous les actes appartenant à la période d'instruction? Que la publicité ait paru nécessaire pour le jugement définitif, cela se comprend. Rien de plus grave et de plus solennel en effet, et qu'il importe davantage de porter à la connaissance du public, que cet acte suprême qui va décider de l'avenir du défendeur, qui, en prononçant sur l'état de ses facultés mentales, dira s'il est encore en état de disposer de sa personne et de ses biens, ou s'il ne convient pas plutôt de le placer dans les liens de l'interdiction. Les mêmes considérations sont loin de militer en faveur des actes purement préparatoires. De quoi s'agit-il jusqu'au jugement du fond? de simples moyens d'instruction. Cet homme est-il fou, ou bien a-t-il à se reprocher les actes de prodigalité qui lui sont imputés? Avant de répondre à cette question délicate, il faut s'éclairer. La famille a été consultée, le défendeur a été interrogé, les pièces produites ont été examinées; des faits ont été cotés, il reste à les vérifier. Pourquoi en serait-il de cette vérification autrement que pour ce qui a précédé? L'interrogatoire a eu lieu à huis clos, il en a été de même de la délibération de la famille, pourquoi n'en serait-il pas ainsi de l'enquête? N'oublions pas qu'à l'heure où elle est ordonnée, rien n'a encore été décidé relativement à l'avenir du défendeur. Jusqu'à présent il est *integri status*. Ses actes de prodigalité ont

[1] V. loi des 16-24 août 1790, tit. 2, art. 14; du 3 brumaire an II, art, 10; Constitution du 5 fructidor an III, art. 208; Code proc. civ., art. 8, 87, 111, 116, 470; loi du 20 avril 1810; Chartes de 1814 et 1830; Constitution de 1848, art. 81.

pu être exagérés; ce qui chez lui n'est qu'excentricité, a pu passer aux yeux de ses proches, de ses collatéraux intéressés ou cupides pour de la démence. La situation commande les plus grands ménagements, et on comprend à quel point la publicité serait inopportune en pareille circonstance. Si ce malheureux est en état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, ou si les actes de prodigalité qui lui sont reprochés ont quelque fondement, on l'apprendra toujours assez tôt; s'il en est autrement, pourquoi l'exposer sans nécessité par une notoriété fâcheuse à un dommage nécessairement sans remède ?

Ces considérations, qui avaient influencé notre ancienne jurisprudence, n'ont rien perdu de leur valeur sous nos Codes. Si la religion des juges n'a pas trouvé dans l'interrogatoire ces traits de lumière qu'elle y avait cherchés, s'ils sont dans la nécessité d'ordonner l'enquête, où serait celle de le faire publiquement, de déchirer avant l'heure le voile dont la loi avait voulu qu'on restât entouré au premier moment? Où serait l'inconvénient de rendre le jugement à huis clos? Ne suffira-t-il pas que ce jugement et les faits dont il ordonne la preuve soient notifiés au défendeur, et qu'à moins d'empêchements trop graves [1], l'enquête se fasse en sa présence? En quoi cette sorte de clandestinité pourrait-elle lui faire grief? N'oublions point qu'il ne s'agit encore ici que de recueillir les preuves, ou plutôt les éléments de cette discussion solennelle, dont parlait le tribun Tarrible dans son discours au corps législatif, et dans laquelle devront se déployer « dans toute leur latitude les divers genres de preuves et les moyens de défense qui éclaireront tout à la fois le tribunal et le public, et qui donnera à l'homme provoqué la plus forte garantie du respect dû à son indépendance. »

On objecte que, bonne pour le jugement qui a ordonné que la famille sera consultée, voire même pour celui qui a commis un administrateur provisoire, l'argumentation est sans application au jugement qui ordonne l'enquête, par la raison qu'il ne s'agit plus ici d'un moyen d'instruction ordinaire, d'un simple préparatoire, mais bien d'un véritable interlocutoire qui, s'il ne lie pas le juge dans toute la plénitude de l'expression, n'en doit pas moins avoir la plus grande influence sur sa décision définitive; qu'il y aurait danger, dès lors, à y procéder

[1] Article 893, § 3, Code proc. civ.

hors de la présence du public et du défendeur, pour qui il peut y avoir intérêt à contester la pertinence des faits.

La distinction nous paraît dénuée de fondement. La loi ancienne ne s'y était pas arrêtée. Elle ne résulte pas davantage de la loi moderne, qui ne parle de publicité qu'à l'occasion du jugement définitif. Ses auteurs ne remarquent pas assez qu'en cette matière tout exceptionnelle il est toujours statué d'office, et sans qu'il soit jamais permis au demandeur de prendre des conclusions à cet égard. Il est prononcé d'office par le juge, et dans le cas seulement où l'interrogatoire n'offre pas preuve suffisante pour lui permettre de statuer en pleine connaissance de cause. N'est-ce pas se méprendre étrangement, dès lors, sur le véritable caractère du jugement en question que d'y voir un interlocutoire ordinaire? En ordonnant la preuve des faits cotés dans la requête introductive, le tribunal ne cherche qu'un élément de conviction de plus. Il use d'une simple faculté. Il ne procède donc que par voie de pure instruction. C'est en partant de cette idée que la Cour d'Aix a jugé à bon droit, le 19 mars 1835, que rien n'obligeait à appeler le défendeur à l'interdiction au jugement qui ordonne l'enquête. Ce n'est que lorsqu'il faut plaider sur l'interdiction même que ce défendeur doit être intimé devant le tribunal qui a déjà fait une instruction sur la demande. Alors seulement il y a lieu à constitution d'avoué de part et d'autre; alors seulement l'instance se trouve liée, et rien ne se pourra plus faire désormais qu'au grand jour et en présence de toutes parties. D'où nous conclurons que si, au lieu de se placer dans la phase même d'instruction, la demande d'enquête et la décision qui l'ordonne avaient suivi l'assignation donnée devant le tribunal, ce serait à ce tribunal seul, jugeant en audience publique, qu'il appartiendrait de faire droit.

C'est par cette distinction toute simple que se résolvent toutes les difficultés de la matière; et la solution de celle qui vient d'être examinée dépend, ainsi que le fait justement observer M. Bertin à l'occasion de l'arrêt de Poitiers [1], du point de savoir « dans quelles circonstances et dans quelle phase de procédure se placent la demande d'enquête et la décision qui l'a ordonnée. »

[1] V. journal *le Droit* du 28 juin 1860.

Remarquons cependant que notre conclusion, tout en ne différant pas de celle de notre judicieux annotateur, procède de prémisses qui sont loin d'être les mêmes. Nous ne la tirons pas, comme M. Bertin, de la distinction à faire entre la juridiction gracieuse ou volontaire et la juridiction contentieuse. Ce n'est pas sans intention que nous avons négligé ce point de vue particulier dans la discussion qui précède. Le motif de notre exclusion tient à la difficulté, disons mieux, à l'impossibilité qu'il nous paraît y avoir à ranger, ainsi qu'on le fait sans hésitation de la part de notre savant critique, le jugement qui, en matière de poursuite en interdiction ou de dation de conseil judiciaire, ordonne la preuve des faits articulés contre le défendeur, dans la classe des actes appartenant à la juridiction volontaire ou gracieuse, dont la mission se borne à prononcer, suivant la définition qu'en donne M. Chauveau[1] « *sur les demandes* d'une partie, que la loi autorise à se présenter seule, sans appeler l'adversaire qui pourrait avoir intérêt à la contredire » Ici de quoi s'agit-il? Quelle est *la demande*? A quoi tend-elle? La demande! c'est l'interdiction ou la dation d'un conseil judiciaire, c'est à cela qu'il est conclu. Peut-on dire que, sur cette demande, il sera prononcé sans que l'adversaire ait été appelé, sans qu'il ait été mis en position de se défendre? Non, s'il n'est pas intimé à la première heure, il le sera plus tard, mais avant qu'il puisse être statué *sur la demande*, sur l'objet même de l'action. En attendant, des pièces seront signifiées au défendeur, il lui sera fait sommation de venir à la chambre du conseil pour y subir l'interrogatoire. Tout cela est étranger aux idées qu'il faut se faire de la juridiction volontaire, et rentre assez directement, au contraire, dans celles que nous nous sommes formées touchant la juridiction véritablement *contentieuse*, ayant « pour mission de décider entre les prétentions rivales de deux parties que la loi met en présence.[2] »

[1] Sur Carré, t. I, n° 378.
[2] Chauveau, *l. c.*

§ 2. *Les conservateurs des hypothèques sont tenus de se conformer, pour la délivrance des certificats qui leur sont demandés, aux termes des réquisitions qu'ils reçoivent. — On peut exiger d'eux un état unique comprenant tout à la fois les inscriptions survenues depuis la transcription du chef des créanciers, ayant hypothèques légales sur les biens vendus, et celles qui existaient déjà au moment de la transcription.*

Poitiers, 2 juillet 1860. M. Lavaur, président; M. François, avocat général.

Cette solution, qui s'appuie sur un arrêt de la Cour de Poitiers du 2 juillet 1860, dont nous donnons le texte en note [1], a contre elle l'usage, c'est-à-dire la pratique constante des conservateurs des hypothèques [2], et deux décisions judiciaires des 16 août 1851 et 23 mars 1854, émanées, la première du tribunal de Vendôme, [3] la seconde de celui de Louhans [4].

L'usage! Il est facile à expliquer. Mais d'une pratique qui, dans le plus grand nombre des cas, peut avoir sa raison d'être, à une règle de droit, la distance est immense. On comprend aisément que la purge des priviléges et hypothèques assujettis à la nécessité de l'inscription et celle des hypothèques légales

[1] Attendu qu'aux termes de l'article 2196 du Code Napoléon, les conservateurs des hypothèques sont tenus de délivrer, à tous ceux qui le requièrent, copie des actes transcrits sur leurs registres, et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat qu'il n'en existe aucune;

Qu'ils doivent se conformer, pour cette délivrance, à la volonté clairement exprimée des parties requérantes;

Attendu que le 25 octobre 1859, D... a requis du conservateur des hypothèques de la Rochelle, état ou certificat négatif des inscriptions existantes au bureau des hypothèques de cette ville, *jusqu'à ce jour*, sur l'immeuble connu sous le nom de Filature de la Rochelle; qu'il a désigné cet immeuble et le propriétaire contre lesquels ces inscriptions pouvaient avoir été prises;

Attendu que sa volonté était nettement exprimée sans ambiguïté possible; qu'il voulait avoir toutes les inscriptions existant jusqu'au 25 octobre 1859, sans distinction, quelles que fussent leurs dates ou leurs causes; que l'indication qu'il a donnée de la transcription du jugement d'adjudication n'avait pas d'autre but que de faciliter les recherches du conservateur; qu'un seul état suffisait pour remplir le but de la réquisition; que le conservateur n'avait pas à se préoccuper de l'usage que D... voulait faire de cet état; que le certificat négatif qu'il a offert devenait inutile et frustratoire s'il avait été déféré à la réquisition; qu'en effet, si ce certificat avait été rédigé conformément à cette réquisition, il devenait superflu d'attester, par un nouveau certificat, qu'il n'y avait pas d'autres inscriptions que celles portées dans le premier.

[2] V. *Journal des conservateurs*, article 367.

[3] V. *l. c.*, article 683.

[4] V. *l. c.*, article 992 et 1564.

qui en sont dispensées se trouvant soumises à des règles différentes et à l'accomplissement de formalités ne se ressemblant, ni par le temps où elles se réalisent, ni par la forme qui leur est propre, l'usage se soit établi de ne requérir d'abord qu'un état sur transcription (celui des inscriptions prises avant toute transcription, dans l'état actuel de la législation, — art. 6 L. du 23 mars 1855, — celui des incriptions prises dans la quinzaine de cette transcription, suivant le droit antérieur, — art. 834 Code proc. civ.), — sauf à solliciter ensuite et après l'accomplissement des formalités des articles 2194 et suivants, le certificat relatif aux inscriptions des hypothèques légales.

Cette pratique se comprend; on en saisit facilement et la cause et l'origine. Mais si elle a pour fondement la seule commodité des requérants, comment la faire tourner contre eux? Si elle repose sur un acte de leur libre volonté, comment y apercevoir une source de contrainte? Si, pour eux, c'est un droit d'en agir ainsi, comment, sans méconnaître le principe même de ce droit, y découvrir le fondement d'une obligation légale, et forcer celui qui veut procéder à la purge de toutes hypothèques quelconques, légales, judiciaires et conventionnelles, à faire les frais de deux états distincts quand un seul peut lui suffire, de requérir, en premier lieu, un état sur transcription et ensuite un certificat relatif aux hypothèques légales dispensées d'inscription?

C'est à ce résultat singulier que venait aboutir la jurisprudence des tribunaux de Vendôme et de Louhans et la doctrine des jurisconsultes qui lui ont prêté l'appui de leur autorité [1]. Comment la justifie-t-on?

On nous dit en premier lieu, qu'en organisant deux systèmes de procédures différentes, selon qu'il s'agit de purger les hypothèques soumises à la formalité de l'inscription ou les hypothèques légales qui en sont dispensées, la loi a suffisamment fait comprendre que l'acquéreur qui voudrait purger devrait commencer par requérir l'état sur transcription, ne pouvant embrasser que les inscriptions prises dans les dix années antérieures à la transcription, à l'exclusion de celles qui pourraient avoir été prises pendant le délai d'affiche accordé pour la purge légale, laquelle ne saurait être confondue avec celle relative aux hypo-

[1] Les rédacteurs du *Journal des conservateurs*, *l. c.*

thèques ordinaires et soumises à la nécessité de l'inscription [1].

Le raisonnement nous semble tourner ici dans un cercle vicieux. N'est-ce pas, en effet, résoudre la question par ce qui est en litige que de conclure de la pluralité des modes de procéder à celle des états à délivrer? Que la loi ait soumis la purge des hypothèques à des formalités diverses, suivant qu'il s'agit des hypothèques soumises à l'inscription ou de celles qui en sont dispensées, cela se conçoit aisément. Il était nécessaire de donner aux hypothèques légales le temps de se produire, ou plutôt de mettre ces hypothèques en demeure de se manifester par une inscription dont elles avaient été jusque-là dispensées. Mais quand cela a été fait, quand certaines hypothèques, d'occultes qu'elles avaient été, sont devenues publiques, pourquoi obliger encore le requérant à diviser sa demande, ou, ce qui est la même chose, l'assujettir à accepter deux états distincts du conservateur à qui il a adressé une demande générale? Où serait la loi qui oblige l'acquéreur qui veut purger à faire deux demandes, à prendre deux états, c'est-à-dire à payer deux droits quand il lui convient de ne faire qu'une demande, et de se contenter d'un état unique? Cette loi, on la chercherait vainement. S'il veut commencer la purge des hypothèques ordinaires avant l'expiration des délais accordés aux hypothèques occultes pour se manifester, force lui sera bien de diviser sa demande puisque l'inscription des hypothèques légales est encore à faire. Mais cette marche n'a rien d'obligatoire. Il n'y faut voir que l'exercice d'une pure faculté, subordonnée au bon plaisir de l'acquéreur. Si donc il lui plaît d'attendre, ainsi que cela avait eu lieu dans les espèces jugées à Vendôme, à Louhans, à la Rochelle, puis à Poitiers, la réalisation de l'inscription des hypothèques légales avant de lever l'état des autres charges qui grèvent l'immeuble acquis, on ne comprendrait pas qu'il lui fût interdit de solliciter un état général et unique. L'article 2196 ne dit-il pas, en effet, que les conservateurs sont tenus de délivrer à tous ceux qui le requièrent copie des inscriptions existantes sur leurs registres, et une circulaire de l'administration, du 8 mai 1823, ne leur fait-elle pas un devoir de se conformer *à la volonté clairement exprimée par l'auteur de la réquisition* qui leur est adres-

[1] M. le conservateur de la Rochelle, dans le mémoire produit dans sa cause, et le *Journal des conservateurs*, article 1564.

sée? Ces expressions peuvent bien vouloir dire que si la demande se borne à un état *spécial* ou *partiel*, cet état devra être délivré; mais elles signifient incontestablement aussi que si c'est un état général comprenant les inscriptions sur hypothèques légales aussi bien que les autres qui a été demandé, cet état ne saurait être non plus refusé.

On nous répond avec le jugement de Vendôme qu'il n'en saurait être ainsi par ce motif qu'en ne bornant pas ses recherches aux dix années qui ont précédé la transcription, qu'en les faisant porter également sur les temps qui ont suivi l'affiche du contrat au greffe « pour s'assurer si des hypothèques légales avaient été inscrites pendant ce temps du chef du vendeur ou des précédents propriétaires indiqués au contrat, » le conservateur a pris une peine de plus et vu sa responsabilité s'aggraver.

Voici des raisons vraiment bien sérieuses! Il faut deux états au lieu d'un seul, parce que deux certificats donneront au conservateur plus d'honoraires que n'en produirait un seul, et que cette augmentation de salaire trouve sa justification dans cette double circonstance qu'il a dû faire porter ses recherches sur un laps de temps plus considérable, et que sa responsabilité s'est trouvée aggravée par suite du danger qu'il a couru d'omettre dans son état quelques-unes des inscriptions qui auraient pu se réaliser pendant les deux mois d'affiche du contrat au greffe. Ainsi, il faudra deux états, deux réquisitions, parce que le conservateur a droit à des émoluments plus considérables... Voici à quelles mesquines proportions se trouvent réduites les grandes considérations qui auraient déterminé le législateur à obliger les parties requérantes à prendre deux états quand un seul peut suffire. L'intérêt du conservateur, voilà la suprême raison de décider! Si la loi disait cela, il faudrait s'en étonner; car elle avait cent autres moyens de grossir l'émolument des agents du fisc sans obliger les parties à laisser se multiplier les êtres sans nécessité. Mais la loi ne dit rien de semblable. Les articles 2196 et 2199 sont les seuls à consulter. Que disent-ils ces articles? Ils disent que « les conservateurs sont tenus de délivrer sans retard à tous ceux qui le requièrent copie des actes transcrits sur leurs registres, et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat qu'il n'en existe aucune. »

Rien de plus clair. Pas d'équivoque possible, fait justement

observer M. Pont[1]. Toutes personnes peuvent requérir des états de transcription ou d'*inscription*. Cela résulte positivement tant du texte de l'article 2196 que de l'article 5 de la loi du 23 mars 1855. Le conservateur n'a donc point à se préoccuper de l'intérêt légal du requérant. Il suffit qu'un état soit demandé pour qu'il doive être délivré immédiatement, et sans autres retard que ceux commandés par la nécessité ; pour qu'il doive être immédiatement délivré, ajouterons-nous, en nous autorisant de l'article 5 de la loi de 1855 et de la circulaire du 8 mai 1823, *dans les termes mêmes* où il a été demandé, si ces termes sont exempts d'ambiguïté.

Il n'y a pas à s'arrêter davantage à ces autres raisons données par le tribunal de Louhans, que la réquisition faite à toutes fins après l'expiration des deux mois d'affiche de l'article 2194 « contient deux séries bien distinctes ayant un point de départ et un point d'arrêt tout différents, l'un comprenant les charges de toute nature existant au moment de la transcription, l'autre les inscriptions survenues postérieurement et dans les deux mois de la formalité de la purge légale, que la deuxième partie de la demande a pour effet d'ouvrir une nouvelle période de deux mois qui s'applique à la purge des hypothèques légales, qui étend ainsi le travail de la loi ; que *le seul moyen d'épargner les frais d'un deuxième état serait de faire coïncider l'expiration du délai d'insertion pour la purge légale avec celui de la transcription.* » Voici le tempérament : voulez-vous n'avoir qu'un état, ne payer qu'un droit unique? Vous le pourrez ; mais pour cela il faudra combiner. Il vous faudra commencer par afficher votre contrat pendant deux mois au greffe ; puis, le jour de l'expiration de ce délai, vous irez faire transcrire ce même contrat. Alors, et dans ce cas seulement, vous serez recevable à requérir un état unique, et affranchi du payement d'un second droit. Mais que devient, demandons-nous au tribunal de Louhans, que devient, dans ce système, la raison tirée par celui de Vendôme de la circonstance de l'augmentation de travail et de l'aggravation de responsabilité du conservateur?

On le voit, les raisons se heurtent. Celles des uns viennent échouer contre celles des autres.

Concluons que le requérant est libre, après l'expiration des

[1] Sur l'article 2196, n° 1438.

délais de l'affiche prescrite par l'article 2194, de ne requérir qu'un seul état des inscriptions, qui, à l'heure de sa demande, grèvent les biens qu'il veut purger; qu'il n'est tenu qu'à une seule obligation, celle d'expliquer *clairement* sa demande. S'il y avait ambiguïté dans les termes, s'il en pouvait résulter, contre toute présomption, qu'il a entendu restreindre sa réquisition aux seules charges existantes au moment de la transcription, le conservateur serait autorisé à arrêter ses recherches à cette première limite, sauf au requérant à solliciter ensuite un nouvel état des inscriptions qui se seraient produites pendant les délais accordés pour la purge légale. A part ce cas exceptionnel, le conservateur ne saurait être fondé à diviser dans ses certificats ce qui aurait été réuni dans les termes mêmes de la demande qui lui en a été faite. Il n'y aurait même pas, suivant nous, à s'arrêter à cette considération que les périodes de temps auraient été séparément indiquées dans le contexte de la demande; qu'on eût, comme dans les espèces jugées à Vendôme et à Louhans, requis l'état des charges grevant l'immeuble, 1° jusqu'au jour de la transcription, 2° depuis cette dernière époque jusqu'au jour même de la demande. C'est dans son ensemble et dans son esprit, plus encore que dans son texte, qu'il faut voir la réquisition, et s'arrêter au sens naturel qu'elle présente. Du moment que la demande est unique, et que cette demande embrasse tout le temps écoulé *jusqu'au jour* où elle se produit, on ne saurait conclure de la division qui a été faite de ce temps en deux périodes distinctes qu'on a voulu deux certificats quand un seul suffisait. Cette distinction ne saurait avoir d'autre effet que de mieux préciser le but et l'étendue de la réquisition, d'expliquer qu'on tient à faire comprendre dans l'état toutes les charges généralement quelconques dont l'immeuble peut être affecté.

ARMAND BONNET.

EXPOSÉ DES PRINCIPES SUR LA FORMULE EXÉCUTOIRE.

Par M. P. A. F. Malapert,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. De la formule exécutoire. — Historique.
2. Droit actuel.
3. Une poursuite faite en vertu d'une ancienne formule est-elle nulle?
4. Quelle est la place de la formule exécutoire?
5. Les actes administratifs doivent-ils porter la formule exécutoire?
6. *Quid* des contraintes?
7. La copie d'une grosse portant la formule ne peut remplacer l'original.
8. La formule exécutoire ne se place pas sur les actes d'hôtel.
9. Les copies des actes exécutoires doivent reproduire la formule.
10. Les jugements des officiers français à l'étranger portent la formule exécutoire.
11. Comment on doit procéder pour revêtir de la formule les actes et jugements des officiers étrangers.
12. Première hypothèse : jugements des officiers étrangers déclarés exécutoires en France par les traités et les lois politiques.
13. Suite.
14. Deuxième hypothèse : jugements des officiers étrangers en général.
15. Suite.
16. Des sentences arbitrales rendues à l'étranger.
17. Des jugements qui, par impossible, seraient rendus en France au nom d'une puissance étrangère.
18. Des actes authentiques rendus par les officiers étrangers.
19. Des actes authentiques reçus à l'étranger par des officiers français; renvoi au n° 10.
20. Des actes et jugements rendus par les officiers des pays réunis à la France, et réciproquement.

1. L'article 545 du Code de procédure civile, conforme à nos constitutions, où l'on a toujours écrit que la justice se rendait au nom du pouvoir exécutif, chargé de faire exécuter les lois, les actes et les arrêts, est ainsi conçu : « Nul jugement ni acte ne pourront être mis à exécution, s'ils ne portent le même intitulé que les lois et ne sont terminés par un mandement aux officiers de justice, ainsi qu'il est dit en l'article 146.» L'article 146 dispose que les expéditions des jugements seront intitulées et terminées ainsi qu'il a été prescrit par l'acte des constitutions de l'empire. Cet intitulé et cette fin sont ce que l'on appelle la FORMULE EXÉCUTOIRE.

Le mot formule ou forme est ancien pour désigner les actes de l'autorité. C'était le nom des actes du Sénat et des actes des magistrats romains. Nous savons qu'il désigna, par exemple, le sénatus-consulte par lequel la Sicile fut réduite en province romaine. Chaque province nouvelle donna lieu à un nouveau sénatus-consulte que l'on appela toujours forme ou formule. Et comme ces sénatus-consultes variaient avec les circonstances, on trouverait en les étudiant la source de bien des diversités dans le droit civil et dans le droit public. C'est la principale origine de ces priviléges, de ces coutumes dont les traces s'effacent heureusement dans notre administration uniforme. De même que les actes du sénat romain, les actes des sénats des cités de l'empire romain gardèrent le nom de formules. Ce nom fut donné encore à tous les jugements de ces Cours (*curiæ*) et à tous les actes authentiques que l'on déposait dans leurs archives. Nous avons des recueils de ces actes dans les collections Baluze, Canciani, Dom Bouquet, pour ne pas parler des autres.

Ces recueils prévoient tous les cas : successions, donations, testaments, obligations s'y trouvent pêle-mêle; toujours avec l'approbation de l'autorité publique, qui promet de veiller à l'exécution des choses réglées devant elle, comme le fait la formule exécutoire pour les jugements et les actes d'aujourdhui.

Je conclus de là que l'usage d'exécuter les actes et les jugements au nom de l'autorité doit remonter à l'origine des sociétés, au moment où il fut établi comme règle que nul ne pouvait se faire justice à soi-même.

Chaque autorité ne peut, d'un autre côté, commander que dans son ressort; c'est ce qu'exprime cet adage : *Extra territorium jus dicenti impunè non parietur.*

Les magistrats romains, omnipotents en leur qualité de pontifes, généraux, administrateurs et juges donnaient l'ordre d'exécuter leurs actes en leur nom. Ainsi leur mandement expirait où finissait leur ressort; et si l'exécution devait avoir lieu dans un autre, il fallait prendre une nouvelle formule. Nous n'avons point le mandement complet, tel qu'il était employé. Nous savons seulement que, dans ses décisions, le magistrat commençait par son nom, sa qualité, un exposé très-bref des faits et terminait par un ordre. Il le donnait ainsi : *Do, Dico, Addico,* changeant d'expression suivant les affaires sur les-

quelles il prononçait. De même il employait les mots *veto*, *restituo*, en parlant au présent et commandant toujours en son nom personnel.

Les formules se multiplièrent vraisemblablement sous les empereurs. Celles que nous avons (par exemple celles qui portent le nom de formules de Marculphe, et dont on place communément la rédaction sous les carolingiens), sont farcies d'un verbiage inutile. Cependant elles se terminent toutes par un ordre d'exécution dont voici un exemple : *Et ut hæc auctoritas tam præsentibus quàm futuris temporibus inviolata Deo adjutore possit constare, subtus eam propria manu decrevimus roborare.*

Beaumanoir, Desfontaines, Bouteiller ne donnent point les formules usitées de leur temps, mais elles n'en existaient pas moins. Ainsi le dernier de ces auteurs, en sa *Somme rurale*, mentionne la *forme exécutoire* (livre II, tit. 13, *De l'exécution des sentences*).

L'ancienne France avait subi la législation et l'administration romaines. Par suite, nous trouvons que les jugements et actes exécutoires dans le ressort d'une juridiction ne l'étaient pas au delà du territoire qui lui était soumis.

En passant d'un ressort dans un autre, on devait prendre une nouvelle formule exécutoire, ordre d'obéir donné aux officiers du lieu et que l'on appelait PAREATIS, obéissez, mot emprunté à la formule même. Mais avant de l'obtenir, on devait plaider sur la procédure, souvent remettre tout en question, malgré les jugements rendus.

Il y avait là un grand dommage pour les parties et une cause perpétuelle de procès sur les mêmes difficultés. Des ordonnances de 1302, 1317, l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539, des édits et déclarations de 1557, 1568, 1571 et d'autres encore, décidèrent que les actes et jugements revêtus du sceau royal seraient exécutoires par toute la France. Mais cela ne fut pas suivi. Bacquet lui-même, en son traité des droits de justice, limite à deux cas l'exécution qui peut être faite au nom du roi, sur les terres du seigneur haut justicier. Premièrement, s'il y a appel de la sentence du haut justicier; secondement, s'il s'agit d'une affaire privilégiée qui, de sa nature, relève directement du parlement. Bacquet se fondait sur l'ordonnance de Philippe-le-Bel de 1302, sans parler des autres.

L'ordonnance de 1629, rédigée sous l'œil de Richelieu, par le chancelier de Marillac, porte en son article 119 : « Défendons aux seigneurs justiciers, empêcher aux huissiers et sergents d'exploiter nos mandements, de nos juges et autres actes de justice, sans que lesdits sergents soient tenus demander permission auxdits seigneurs ou leurs juges, et ce à peine de privation de leurs fiefs et justices et plus grande punition, s'il y échet. »

On a répété que cette ordonnance ne reçut aucune exécution; je crois cependant qu'elle fut appliquée, en certaines parties du moins; car Louis XIV ne se préoccupa plus de statuer sur l'opposition des seigneurs à ses mandements de justice, mais seulement sur celle des parlements. « Tous arrêts, dit-il, seront exécutés dans toute l'étendue de notre royaume en vertu d'un *pareatis* du grand sceau, sans qu'il soit besoin de demander aucune permission à nos Cours de parlement, baillifs, sénéchaux et autres juges, dans le ressort ou détroit desquels on voudra les faire exécuter. Et au cas que quelques-unes de ces Cours ou siéges en empêchent l'exécution, et qu'ils rendent quelques arrêts, jugements ou ordonnances, portant défenses ou surséance de les exécuter : voulons que le rapporteur et celui qui aura présidé soient tenus solidairement des condamnations portées par les arrêts dont ils auront retardé ou empêché l'exécution, des dommages-intérêts de la partie, et qu'ils soient solidairement condamnés en 200 livres d'amende envers nous : de laquelle contravention nous réservons la connaissance à nous et à notre conseil : sera néanmoins permis aux parties et exécuteurs des arrêts hors l'étendue des parlements et Cours où ils auront été rendus, de prendre un *pareatis* en la chancellerie du parlement où ils devront être exécutés ; que les gardes des sceaux soient tenus de sceller, à peine d'interdiction, sans entrer en connaissance de cause. Pourront même les parties prendre une permission du juge des lieux au bas d'une requête, sans être tenus de prendre, en ce cas, *pareatis* au grand sceau et petites chancelleries. Mandons à nos gouverneurs et lieutenants-généraux de tenir la main à l'exécution de la présente ordonnance, sur la représentation du *pareatis* ou de la permission du juge des lieux (ord. de 1667, tit. 27, art. 6). »

Tel était le dernier état du droit en 1789. Guyot, dans son Répertoire, reproduit en cela comme en beaucoup d'autres

parties par Merlin, a résumé ainsi (*v° Exécution*), ce qui était suivi par les tribunaux français :

« La partie qui veut faire mettre à l'exécution l'arrêt d'un parlement dans le ressort d'un autre parlement peut, suivant l'ordonnance, employer un des trois moyens suivants :

« 1° Elle peut obtenir au grand sceau un *pareatis* général qui la dispense de demander aucune permission aux Cours dans le ressort desquelles elle veut faire exécuter son arrêt : et il est défendu à ces Cours de suspendre cette exécution par aucun arrêt de défense ou de surséance, à peine contre le président et le rapporteur d'être tenus solidairement des condamnations portées par l'arrêt dont ils auraient retardé l'exécution, ainsi que des dommages-intérêts de la partie; et d'être condamnés à une amende de 200 livres envers le roi.

« 2° Le même partie peut se pourvoir à la chancellerie, dans le ressort du parlement où elle veut faire mettre l'arrêt à exécution, et y demander un *pareatis* que le garde des sceaux de cette chancellerie est obligé de sceller sur la simple présentation et sans entrer en connaissance de cause, à peine d'interdiction.

« 3° Enfin la partie peut présenter requête au juge du lieu et obtenir simplement, au bas de cette requête, la permission de ce juge; elle n'a besoin, dans ce cas, d'aucun *pareatis*, soit du grand sceau, soit des petites chancelleries. »

2. En 1789, les cahiers dressés pour indiquer, aux états-généraux, les réformes à opérer dans les lois, demandèrent que les actes et jugements fussent exécutoires dans tout le royaume, sans qu'il fût besoin de *pareatis* ou de permission. C'est pourquoi la constitution de 1791 imposa une formule exécutoire uniforme pour tous les jugements, arrêts ou mandats de justice (tit. 3, ch. 25, art. 24). De même, la loi du 29 septembre 1791 affranchit les actes notariés de la nécessité d'être revêtus d'un *pareatis* spécial; les grosses des actes durent être intitulées au nom du roi et terminées par un mandement à qui il appartiendrait de les faire exécuter. Depuis lors, il est demeuré acquis que les actes et jugements sont exécutoires dans toute la France. Seulement, chaque gouvernement a eu sa formule spéciale. Depuis le nouvel empire et en vertu d'un décret des 2-9 décembre 1852, on intitule les actes et jugements comme il suit :

« Napoléon, par la grâce de Dieu et la volonté nationale empereur des Français, à tous présents et à venir, salut :

Puis on transcrit les jugements, arrêts ou autres actes, et on les termine ainsi :

« Mandons et ordonnons à tous huissiers sur ce requis de mettre le présent..... à exécution ; à nos procureurs généraux et à nos procureurs près les tribunaux de première instance d'y tenir la main ; à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.

« En foi de quoi le présent..... a été signé par..... »

3. Le même décret des 2-9 décembre 1852 ordonne de faire changer les anciennes formules sur les actes et jugements, etc., dont on voudrait suivre l'exécution.

Cette disposition n'est pas prescrite à peine de nullité, d'où cette conséquence que les poursuites exercées en vertu d'un titre revêtu d'une ancienne formule exécutoire ne seraient pas annulées. Seulement, en cas d'opposition, il devrait être sursis à leur continuation, jusqu'à ce que le titre eût été revêtu de la nouvelle formule.

Sous la Restauration, on décidait que les poursuites faites en vertu d'une ancienne formule devaient être annulées. On obéissait ainsi à l'ordonnance du 30 août 1815, qui édictait la peine de nullité pour ces poursuites. En effet, dans les idées du gouvernement de la Restauration, la formule exécutoire des gouvernements postérieurs au 10 août 1792 ne pouvait avoir de force, puisque les Bourbons étaient réputés n'avoir jamais cessé de régner.

La jurisprudence créée par l'ordonnance de 1815 fut vivement critiquée, et elle fut unanimement abandonnée après la révolution de juillet 1830.

Il suit de là que si le législateur de 1852 avait voulu porter la peine de nullité contre le manquement à ses prescriptions, il n'eût pas manqué de le dire. C'est en effet un principe certain en procédure que les nullités ne se créent pas par induction ou autre raisonnement ; mais qu'elles doivent être prononcées par la loi (C. proc. civ., art. 1030).

D'ailleurs, une formule surannée n'en a pas moins existé légalement. Au temps où elle fut mise sur le titre, elle était valable et commandait au nom du corps social. L'autorité de ce temps

là avait qualité pour se faire obéir, donc ses ordres devaient être suivis. Si l'on prétendait le contraire, il faudrait décider que les lois et décrets rendus au nom des gouvernements antérieurs n'ont pas d'effet sur la dynastie présente, ce qui serait absurde.

On objectera peut-être que l'article 545 du Code de procédure civile, impératif dans sa prohibition, doit être entendu en ce sens que les poursuites faites en vertu d'un acte sans formule exécutoire doivent être réputées non avenues. Ceci ne s'appliquerait pas à notre hypothèse. Il s'agit, dans notre cas particulier, d'une formule ancienne, ayant eu sa raison d'être, et non du cas où un titre manquerait de cette partie essentielle où l'autorité commande l'exécution. Il est évident que la poursuite sans titre exécutoire est nulle, mais qu'il y aurait erreur à confondre cette situation avec celle où la formule a été, dans un temps, bonne et valable pour poursuivre.

4. La place de la formule exécutoire a été fixée par l'usage et les règlements sur la matière. Si cette place était changée, la partie contenue entre la désignation de l'autorité qui commande et l'ordre d'obéir serait seule susceptible de servir pour une exécution. Ceci ne regarde pas la date de l'acte, par exemple, et les autres énonciations de ce genre. Ainsi l'on a décidé avec raison que si la date de l'acte n'était pas renfermée dans le cadre de la formule, que si elle ne se trouvait qu'après le mandement d'exécution, les poursuites n'en seraient pas moins valables (Bruxelles, 11 février 1829). Par conséquent, lorsqu'un acte est homologué par justice, la grosse du jugement qui contient l'acte homologué doit donner d'abord le nom du souverain, la copie du jugement, celle de l'acte homologué, et en dernier lieu l'ordre d'exécution.

5. On a posé la question de savoir si les jugements, arrêts, mandats de justice, émanant des tribunaux ordinaires et les actes notariés étaient seuls succeptibles d'être revêtus de la formule d'exécution. On a, par exemple, distingué entre les décisions des magistrats ordinaires et ceux des magistrats de l'ordre administratif, tels que les jugements des sous-préfets, préfets et conseils de préfecture. Je n'y joindrai pas les décrets rendus en conseil d'État, puisqu'émanant du souverain, ils sont promulgués et exécutoires en son nom.

Certains auteurs et une pratique presque constante refusent

aux décisions administratives la possibilité d'avoir une formule exécutoire, parce que, dit-on, émanant de l'autorité exécutive, cette autorité ne peut se donner des ordres à elle-même.

Ce raisonnement ne paraît pas bon, car les ordonnances, les décrets, les règlements d'administration publique, les arrêts en Conseil d'État sont revêtus de la formule, quoique émanant de la puissance exécutive représentée par son chef. Si l'on raisonne par analogie, on conclura des formes usitées pour ces décrets à la nécessité de mettre la formule partout où l'on rencontrera l'ordre d'une autorité, que cet ordre soit une condamnation contre un particulier ou un commandement fait à tous.

La pratique est contraire à ce sentiment; mais si la forme actuelle est mauvaise, il n'y a pas grand inconvénient à la changer. D'ailleurs la modification que je demande ne troublera point les droits acquis. Il s'agit de modifier un usage avec lequel on poursuit, sans possibilité, semble-t-il, d'arriver à une exécution.

La raison de la pratique actuelle se trouve facilement dans les précédents des corps administratifs. J'ai déjà montré qu'avant 1789 chaque magistrat parlait en son nom. Il en était ainsi pour les magistrats administratifs aussi bien que pour les magistrats de l'ordre judiciaire. Les intendants, nos préfets d'aujourd'hui, intitulaient leurs actes en leur nom et terminaient par une injonction d'obéir, comme des rois s'adressant à leurs sujets. Ces actes prenaient, en général, le nom d'ordonnances.

Les intendants furent supprimés en 1789 et remplacés plus tard par *les administrations départementales*. A leur tour celles-ci firent place *aux directoires des départements*. Les unes et les autres n'ont pas eu d'attributions bien déterminées en ce qui touche la juridiction. Pourtant la législation se faisait comprendre, la jurisprudence se fixait lorsque la constitution de l'an VIII réunit les pouvoirs des directeurs dans les mains d'un fonctionnaire appelé préfet, chargé de l'administration d'un département. Ce délégué de l'autorité centrale réunit à nouveau dans ses mains les pouvoirs qui avaient autrefois appartenu aux intendants, et en conséquence reçut tantôt seul, tantôt en conseil de préfecture, tantôt comme membre de ce conseil une juridiction contentieuse.

Entre 1789 et l'an VIII, la pratique avait été grandement modifiée. Ainsi la constitution de 1791 avait interdit aux admi-

nistrations le droit de faire des ordonnances. On leur concéda à grand'peine le pouvoir de faire des règlements ou arrêtés, et immédiatement la formule exécutoire fut supprimée sans qu'on songeât à la remplacer. Les préfets, sous-préfets et maires institués en l'an VIII, ont trouvé les choses en cet état, et depuis ce temps leurs actes ne sont plus revêtus de l'ordre d'obéir, que l'on place sur les mandements de l'autorité souveraine ou de l'autorité judiciaire.

Cette réserve est bien en ce qui touche les règlements ou arrêtés. La sanction de ces actes se trouve dans le Code pénal, article 471, § 15.

Mais si un préfet ou tout autre tribunal administratif a légalement statué sur un litige, force doit rester à la décision, et on devra l'exécuter sur les biens du débiteur. De là semble résulter la nécessité de revêtir ces *jugements*, improprement appelés arrêtés, de la formule exécutoire.

Cette opinion est conforme à l'article 545 du Code de procédure civile et au texte de nos diverses constitutions où on lit que la justice se rend au nom du chef de l'État. On veut bien, en général, reconnaître la vérité de cette opinion, mais on se borne à lui opposer un avis du Conseil d'État, du 5 février 1826, qui a dispensé les arrêtés des conseils de préfecture de la formule exécutoire. Cet avis n'a point d'autre autorité que celle d'émaner d'une assemblée considérable. Dès lors, il faut ne pas s'y arrêter trop longtemps. Il faut en percer l'écorce et voir si les motifs qui l'ont dicté le soutiennent bien. L'argument dont il est étayé est qu'il ne faut pas rendre possible la confusion entre les décisions des tribunaux ordinaires et celles des tribunaux administratifs. Ceci n'a pas une grande apparence, et au fond le raisonnement ne prouve pas. Qu'importe, en effet, la confusion dont on parle, puisque les unes et les autres des décisions doivent être exécutées?

Aussi Proudhon, dans son *Traité du domaine public*, et d'autres auteurs (parmi lesquels on trouve Macarel), tous cités par M. Chauveau, sur Carré, question 1894, ont été d'avis que les décisions des corps administratifs devaient porter la formule exécutoire.

L'opinion commune et la pratique sont contraires à ce qui me paraît la saine interprétation de la loi. Cela vient de ce que l'on n'a pas aperçu comment les corps administratifs, ayant

perdu l'habitude de parler en leur nom, n'ont pas su plus tard se mettre à l'unisson et commander en celui de l'autorité dont ils émanaient.

6. Les auteurs, qui croient inutile de revêtir les arrêtés administratifs de la formule exécutoire, ont étendu cette opinion aux contraintes. Ils ont cité à l'appui de leur système les contraintes de l'enregistrement. Cet exemple n'est pas bon. L'article 64 de la loi du 28 frimaire de l'an VII veut que ces contraintes soient visées et rendues exécutoires par le juge de paix du lieu où le bureau qui les délivre est établi. Ne semble-t-il pas que cette prescription dit au juge de paix d'opérer comme le fait le président, qui rend une sentence arbitrale exécutoire, C'est-à-dire, faire tenir registre de son ordonnance, sauf au greffier à délivrer des expéditions au nom de l'empereur et adressées à qui de droit.

La loi est claire et précise; la contrainte doit être rendue exécutoire; donc elle doit être revêtue de la formule.

Si l'on procède autrement, aucune saisie, aucune exécution ne semblent possible. Si l'huissier se présente, qu'on lui ferme les portes, comment se fera-t-il obéir par la force publique? Comment procédera-t-on, si la signature du juge de paix est contestée?

Au moins le sceau placé sur les expéditions est une garantie d'authenticité à laquelle provision est due, tandis que la signature du juge de paix pourra être méconnue par le poursuivi et même par les agents chargés d'exécuter.

D'ailleurs, il faut le répéter, ces observations ne changent rien aux droits acquis aux créances mêmes; elles ne tendent qu'à faire respecter les règles de la loi protectrice des propriétés.

Ajoutons, d'ailleurs, que les préfets sont chargés de rendre les rôles des contributions exécutoires contre les contribuables, et que les contraintes délivrées en vertu de ces rôles sont des extraits sur lesquels la formule doit être apposée avant que la saisie ne soit ou pratiquée ou tentée.

Nous le répétons, personne ne perdra rien à cela, mais on respectera la loi.

Déjà les modèles, donnés aux percepteurs par les imprimeurs de Paris, portent cette formule sur les contraintes et sur les commandements. C'est un bon retour à l'exécution des lois, et il serait sage de s'y conformer.

7. On a demandé si une copie pouvait servir à une exécution. On cite pour l'affirmative un arrêt de Toulouse, du 17 décembre 1829, validant une saisie immobilière faite en vertu d'une copie signifiée au poursuivant, portant, comme l'original, la formule exécutoire. Un autre arrêt a décidé que la copie peut servir de grosse à la partie à laquelle elle a été signifiée (Bruxelles, 18 avril 1822).

Ces deux arrêts ne semblent pas juridiques. Le Code de procédure civile et la loi sur le notariat veulent qu'il ne soit délivré qu'une grosse exécutoire (L. 25 vent. an XI, art, 25; C. proc. civ., art. 854). C'est pourquoi, dans l'usage, on délivre une grosse par créancier, ne contenant que ce qui le regarde. Chacun a son titre, tout son titre, et rien de plus, s'il n'a rien de moins. S'il faut une seconde grosse, on doit s'adresser au président du tribunal de première instance. Sur la permission donnée par ce magistrat, le poursuivant fait sommation aux parties adverses d'assister à la délivrance de la seconde grosse, à l'officier public de la donner. Celui-ci obéit au magistrat, dont il mentionne l'ordonnance au bas de la grosse, et indique en même temps pour quelle somme elle est encore exécutoire, si la créance est en partie éteinte ou cédée (C. proc. civ., 854).

Ajoutons que dans les règlements d'ordre une seule décision détermine les droits des créanciers, et chacun d'eux obtient un bordereau spécial en forme exécutoire.

Il résulte de là que le créancier qui a, dans un acte ou dans un jugement, une disposition à son profit, peut obtenir une grosse à son nom.

Dès lors il semble que les copies ne peuvent pas servir à une exécution. Les grosses ont, en effet, un caractère facile à reconnaître qui n'appartient pas aux copies. Cela ne tient certainement pas à la façon dont elles sont écrites, quoique trop souvent les copies soient illisibles, ou peu s'en faut. Mais les sceaux et autres marques apposés aux grosses prouvent leur authenticité envers et contre tous.

Si donc chaque créancier a la possibilité d'avoir, en ce qui le concerne, une grosse exécutoire contre le débiteur, il paraît bien étrange de permettre de saisir ou d'exécuter en vertu d'une copie. La formule, qui se trouve sur cette copie, n'est pas celle dont parle l'article 545 du Code de procédure civile. Il faut un acte original, c'est-à-dire une grosse, et cette grosse doit com-

mander comme commande la société, car la société seule peut déposséder un citoyen ou agir contre sa personne par voie de contrainte.

Ajoutons que nul, pas même le président du tribunal civil, ne peut rendre une copie exécutoire et décider qu'elle sera revêtue de la formule. C'est ce que décide avec raison M. Chauveau, sur Carré, questions 1898 et suiv.

8. Il y a des actes que l'on appelait, dans l'ancienne procédure, *actes d'hôtel*, parce que les présidents et autres magistrats, par exemple, de nos jours, les juges de paix, les rendent en leur demeure et non en audience publique. On décide généralement que ces actes doivent être exécutés sur minute et sans formule exécutoire. Ce sont des permissions données au bas des requêtes, et que le greffier n'expédie point. Il suit de là que la formule ne doit pas être employée, puisque, d'après l'article 146 du Code de procédure civile et l'article 25 de la loi du 25 ventôse an XI, la formule ne s'appose que sur les grosses.

Ajoutons que les permissions dont il s'agit ne sont données que pour abréger des délais ou autoriser des actes conservatoires pour assurer les droits des parties et sans jamais préjuger le fonds.

9. Les copies des grosses, signifiées à la partie poursuivie, doivent porter la copie de la formule exécutoire, sinon elles ne seraient pas complètes. Quelques jurisconsultes ont enseigné le contraire. Ils ont pensé qu'il importait peu à la partie poursuivie d'avoir une phrase de plus ou de moins dans sa copie. Cette raison ne peut satisfaire un esprit sérieux. Les copies doivent être la reproduction totale de l'original pour emporter avec elles la connaissance entière de cet original. La copie d'une expédition peut être une simple mise en demeure; celle d'une grosse renferme avec elle une menace d'exécuter. Donc il faut que la formule exécutoire se trouve sur la copie. Si la grosse est l'arme du poursuivant, la copie est le bouclier du poursuivi.

Répétons que la formule a un sens propre, l'ordre donné par l'autorité compétente d'obéir à l'acte ou au jugement. Le poursuivi auquel une copie est due lit ce qu'on lui donne. Il n'y a pas, dans cette notification, une simple gracieuseté de poursuivant, c'est une soumission aux ordres de la loi. Dès lors le poursuivi a le droit de recevoir une copie complète, sinon il peut refuser obéissance.

Ne dit-on pas que, pour les exploits, la copie tient lieu de l'original. Dès lors il n'y a pas de motif de faire ici une exception qui ne se trouve pas dans un texte précis.

10. On dit, d'après un adage ancien, que *les jugements rendus en pays étranger doivent être vérifiés en France* avant d'y être exécutoires. Cette manière de parler est vicieuse, parce qu'elle ne réserve pas la question de savoir s'il faut ou non vérifier les actes et jugements émanant de nos agents consulaires.

L'article 546 du Code de procédure civile ne permet pas la mauvaise locution que nous relevons. Il prononce sur « les jugements rendus par les tribunaux étrangers, et les actes reçus par les officiers étrangers. »

Par conséquent les jugements et actes des officiers publics ou des juges français, rendus ou passés en conformité des lois françaises, sont *de plano* et sans vérification exécutoires en France.

Seulement, et c'est la pratique des consulats, ils doivent être revêtus de la formule exécutoire.

11. Quant aux actes et jugements des officiers étrangers, ils ne peuvent être intitulés au nom de la puissance publique française. Pour les exécuter, il faut qu'ils aient été, par une autorité compétente, revêtus de la formule exécutoire.

12. Il y a quelques pays étrangers dont les actes et jugements sont, aux termes des traités internationaux, exécutoires en France. D'autres pays n'ont aucune convention particulière.

Les actes et jugements émanant de magistrats ou officiers publics prononçant au nom des pays, pour lesquels ont été faits les traités que nous venons de mentionner, sont présentés au tribunal du lieu où la poursuite doit être faite, pour être revêtus de la formule exécutoire. Ce magistrat procède alors comme dans le cas où il rend exécutoire une sentence arbitrale. Telle était la pratique de l'ancienne jurisprudence, telle est la pratique nouvelle, et rien ne semble pouvoir y faire obstacle.

Ajoutons que le titre ainsi revêtu de la formule exécutoire peut servir de base à des poursuites sur tout le territoire français. Un coup d'œil rétrospectif sur notre législation prouvera cette opinion.

Nous avons dit que dans l'ancien droit, lorsque le porteur d'un titre exécutoire voulait exercer des poursuites dans un ressort autre que celui où le titre avait été créé, il lui fallait, à

défaut du *pareatis* d'une autorité supérieure, avoir celui du magistrat du lieu de l'exécution. On suivait une marche pareille, pour les titres émanant d'officiers étrangers, quand leur exécution était, aux termes des traités, assurée en France. C'est pourquoi on appliquait à ces titres la disposition de l'article 120 de l'ordonnance de 1629, portant : « Nos juges ne refuseront *pareatis* aux officiers des seigneurs, pour ce qui dépend des justices desdits seigneurs, et les donneront gratuitement et *sans prendre connaissance de cause ni ouïr les parties* contre lesquelles l'exécution devra être faite. »

Puisque les jugements ou actes des officiers étrangers devaient, quand cela était dit par des traités, être exécutés comme ceux des officiers français, ils devaient être revêtus d'un ordre d'exécuter, *pareatis*, délivré par le magistrat du lieu.

Disons en outre que les seuls étrangers à qui s'appliquaient ces principes étaient les Suisses, à l'égard desquels le traité de paix du 9 juin 1549 avait la disposition suivante :

« Et si, entre les sujets de nous les deux parties, advenait quelque querelle ou demande pour quelque chose que ce fût, les demandeurs seraient tenus chercher les défendeurs aux lieux et juridictions, là où ils seront résidents, auxquels sera faite bonne et brève justice, selon la contenance du traité de paix. »

Le traité d'Arau du 1er juin 1658, conclu entre le gouvernement français et les cantons helvétiques, décida que les jugements rendus dans les deux pays seraient exécutoires dans l'un comme dans l'autre.

L'ordonnance de 1667 sur la procédure civile ne statua rien sur cette matière.

Mais un traité de paix et d'alliance, conclu à Soleure le 28 mai 1777, rappela les dispositions de la convention du 1er juin 1658, dans les termes où elle avait été faite et que voici :

« Comme il peut arriver fréquemment que les sujets de Sa Majesté et ceux du Corps helvétique contractent des mariages, fassent des acquisitions ou se lient par des sociétés, obligations ou contrats quelconques, dont il peut résulter des contestations ou procès, il est convenu que, toutes les fois que des particuliers des deux nations auront entre eux quelque affaire litigieuse, le demandeur sera tenu de poursuivre son action par-devant les

juges naturels du défendeur....., et que les jugements définitifs en matière civile, rendus par les tribunaux souverains, seront exécutés réciproquement, selon leur forme et teneur, dans les États de Sa Majesté et ceux du Corps helvétique, comme s'ils avaient été rendus dans le pays où se trouvera, après ledit jugement, la partie condamnée. »

Ces conventions furent répétées dans le décret du 24 vendémiaire an XII (27 sept. 1803), dont l'article 15 dispose que : « Les jugements définitifs en matière civile, ayant force de chose jugée, rendus par les tribunaux français, seront exécutoires en Suisse, et réciproquement, après qu'ils auront été légalisés par les envoyés respectifs ou, à leur défaut, par les autorités compétentes de chaque pays. »

Ces mêmes dispositions se retrouvent mot pour mot dans l'article 1er du traité du 18 juillet 1828, publié par ordonnance du 31 décembre de la même année.

Or, dans l'ancien droit, les *pareatis* avaient un effet plus ou moins restreint, aujourd'hui la formule exécutoire est reçue partout, donc il suffit qu'elle soit apposée sur un acte pour que l'exécution de cet acte doive être suivie sur toutes les parties du territoire français.

13. Ainsi les jugements, rendus en Suisse, doivent être légalisés par les envoyés français, qui certifient par là la signature de celui qui a délivré l'expédition. La signature des envoyés, à son défaut celle des autorités compétentes, est à son tour certifiée par le ministre des affaires étrangères. Ensuite la grosse est rendue exécutoire par le président du tribunal civil de l'exécution, comme nous l'avons établi en tête du numéro précédent (*sic* Toullier, t. X, n° 89).

Nous disons le président, parce qu'il ne s'agit ici d'aucune vérification, et parce que, de toutes les autorités anciennes, chargées de rendre des ordonnances d'*exequatur*, ce magistrat a seul conservé de pareilles attributions.

Répétons encore qu'après avoir été revêtu de la formule exécutoire, le jugement peut être mis à exécution dans toute la France.

Le président du tribunal civil rend de même exécutoires les actes authentiques reçus par les officiers publics, qui ont qualité pour délivrer des grosses exécutoires (C. Nap., art. 2123 et 2128; C. proc. civ., art. 546).

Ne m'occupant ici que de la formule exécutoire, je laisserai de côté les questions relatives aux hypothèques, résultant de ces actes et des jugements rendus par les tribunaux français des mêmes pays.

14. Les conventions, qui soumettent les Français aux jugements rendus par les officiers étrangers ou aux actes reçus par ces officiers, sont peu fréquentes et ne peuvent le devenir. La règle générale est donc que ces jugements et actes sont rendus ou reçus par des personnes dont la capacité n'est pas reconnue par notre droit public. Les principes de notre législation, — par exemple, — en ce qui touche le mariage; les prohibitions, l'âge des époux, le consentement des parents; — en ce qui touche les propriétés, où l'on ne trouve plus de francs-fiefs, de fiefs, de censives, tenures ou autres systèmes hiérarchiques; — en ce qui touche les successions, les donations, testaments, substitutions; — les principes, dis-je, de notre législation ne sont pas de nature à s'accorder avec les théories féodales, telles que celles reçues notamment en Allemagne et en Angleterre. Déjà des difficultés d'un autre ordre, mais tenant toujours à notre droit public, s'étaient révélées sous l'ancienne jurisprudence. L'ordonnance de 1629, dite Code Michaud, portait, article 121 :

« Les jugements rendus, contrats ou obligations reçus ès-royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notredit royaume, ains tiendront les contrats lieu de simples promesses, et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers par devant nos officiers. ».

Ce texte, rapproché de l'article 120, copié n° 12, ne peut laisser beaucoup de doutes sur son interprétation. Dans cet article 120, il s'agissait de l'exécution des jugements et actes reçus par les officiers français, quand cette exécution était suivie dans une autre juridiction. Un simple *pareatis* devait alors suffire, comme cela a été expliqué. En l'article 121, il s'agit des actes et jugements des magistrats et officiers étrangers, pour lesquels on ne peut invoquer de traités spéciaux, et ces actes sont réputés simples promesses. Quant aux jugements, il importe de remarquer qu'ils laissent les droit entiers et susceptibles d'être débattus à nouveau.

Disons que l'on a conclu à tort de cet article 121, par un raisonnement *à contrario*, que si les Français avaient le droit de tout remettre en question en France, il n'en était pas de même des étrangers. Ce sentiment ne tient pas compte des règles de la compétence territoriale : *Extra territorium jus dicenti impunè non paretur*. Le mauvais argument *inclusio unius fit alterius exclusio* ne devrait pas trouver place dans les écrits des jurisconsultes qui savent et sont forcés de reconnaître que les lois ne disent jamais tout.

Il semble donc que l'individu condamné par des tribunaux étrangers a toujours pu plaider à nouveau devant les juges français, bien qu'il fût étranger lui-même. Cependant, sous l'ancienne jurisprudence, la généralité des auteurs décidait que les décisions des Cours étrangères s'exécutaient en France sur simple *pareatis* et sans nouvel examen quand il s'agissait d'étrangers.

J'ajouterai que quelques auteurs ont même contesté la possibilité de ce nouvel examen, bien que le condamné fût français. On s'attachait beaucoup pour le décider ainsi à cette circonstance que l'ordonnance de 1629 n'avait pas été reçue dans certains parlements et on lui refusait l'autorité d'être tenue pour loi de l'État.

Cette raison est de petite importance, parce que, en suivant bien l'histoire de la formule exécutoire, on voit que d'abord on a pu débattre son procès d'un juge à un autre juge, d'un territoire à un autre territoire, et que l'ordonnance de 1629 a consacré l'usage reçu vis-à-vis des étrangers. Que si cette ordonnance n'a pas force de loi, ce qui a toujours été contesté, elle inspire au moins le respect dû à un document de l'autorité, quand ce document est conforme aux précédents.

Ainsi, pour trouver ce qui est aujourd'hui conforme à la loi, il ne faut pas perdre de vue le texte de l'ordonnance de 1629 et il faut le rapprocher des articles de nos codes sur la question.

Le premier à consulter est l'article 2123 du Code Napoléon, ainsi conçu : « L'hypothèse ne peut... résulter des jugements rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français, *sans préjudice des dispositions contraires* qui peuvent être dans les lois politiques ou dans les traités. » Les passages soulignés semblent indiquer à eux seuls que les jugements seront vérifiés et que tout sera jugé à nouveau.

En effet, *les dispositions contraires* dont on parle n'affranchissent pas les jugements étrangers de la formule exécutoire, formule qui est donnée par un seul magistrat, tandis qu'autrement il faut le concours du tribunal entier.

Mais suivons : le second texte est l'article 2128, qui refuse de valider l'hypothèque concédée par un acte authentique reçu par un officier étranger, à moins de dispositions contraires dans les lois politiques et les traités.

Le troisième texte est l'article 546 du Code de procédure civile, qui renvoie au Code Napoléon.

Ainsi le Code Napoléon, promulgué en 1804, se réfère à la procédure alors usitée et conforme aux ordonnances de 1629 et de 1667, et le Code de procédure civile, venu plus tard, n'y a rien changé. Or en 1804, puisque le Code Napoléon n'a pas de dispositions spéciales sur la procédure à suivre, on devait obéir aux règles prescrites par les ordonnances. Telle est l'opinion adoptée par une consultation de Grappe, Darrieu, Tripier et Billecoq, nos confrères, et de laquelle un fragment a été inséré aux questions de droit de Merlin (v° *Jugement*, § 14).

Ces quatre jurisconsultes disaient, en rapprochant les dispositions de l'article 2123 relatif aux jugements des magistrats étrangers de celle où il est question, dans le même article, des sentences arbitrales :

« Ce n'est pas sans raison que le législateur s'explique sur ces deux sortes d'actes. Ce n'est pas ici une répétition oiseuse de la même idée : la locution change parce que la pensée n'est pas la même : au premier cas (d'une sentence arbitrale), la loi n'exige qu'une simple ordonnance d'exécution que le président du tribunal délivre, dès qu'il en est requis ; au second cas, c'est au tribunal entier que le jugement est soumis.

« Or un tribunal n'agit jamais passivement : il ne procède que par délibération, et *délibérer*, c'est faire acte de libre volonté, c'est juger.

Il y a donc jugement dans l'acte par lequel le tribunal français déclare exécutoire dans le royaume une décision rendue en pays étranger ; et tout jugement suppose non-seulement la faculté, mais le pouvoir d'examiner. »

Ainsi nous déciderions avec ces jurisconsultes éminents que le texte de l'article 2123 *prouve* que le jugement des magistrats étrangers, sauf lois et traités contraires, devra toujours être vé-

rifié en France, et que chacun y débattra ses droits comme entiers, qu'il s'agisse de jugements rendus contre un Français ou contre un étranger.

Nous ne voudrions pas distinguer où la loi ne l'a pas fait, et chercher à prononcer une solution différente suivant que la question ne toucherait qu'à des intérêts pécuniaires, au lieu de statuer sur des points d'ordre public. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

15. Mais, dit-on, ce sera remettre tout en question et non pas vérifier le jugement; donc le tribunal français devra se borner à constater que nos règles de droit public n'ont pas été méconnues.

Ce raisonnement tient à un abus de mots étrangers aussi bien à l'ordonnance de 1629 qu'à l'article 2123 du Code Napoléon. Les mots *vérifier le jugement* ne sont pas dans ces textes et ne se rencontrent pas davantage dans l'article 546 du Code de procédure civile.

Ainsi nous nous en tiendrons à nos anciennes pratiques, confirmées par l'ordonnance de 1629, les lois modernes et la jurisprudence actuellement suivie.

Je n'ai point à me lancer maintenant dans l'examen des théories prétendues progressives et philosophiques que l'on fait valoir pour l'opinion contraire à la mienne. J'ai exposé la loi, j'ai tiré les conséquences, et les théories ne peuvent avoir qu'un but, celui de dire ce qui doit être en dehors des lois existantes, à moins qu'elles n'aient celui de les justifier contre d'injustes attaques.

Or en bonne philosophie, les gouvernements ne peuvent admettre que leurs sujets ou autres habitants de leurs territoires subissent des condamnations qui n'auront pas été rendues par des tribunaux compétents.

L'ordre des juridictions et la compétence sont choses d'ordre public. S'il en était autrement, pourquoi ne pourrait-on pas exécuter au nom d'une puissance étrangère? En allant plus loin, pourquoi cette puissance n'enverrait-elle pas ses agents pour exécuter les arrêts de ses tribunaux? Ainsi par une fausse philanthropie, on arrive bientôt à perdre de vue que nous devons respect et soumission à l'autorité française, qui seule a capacité pour nous donner des juges et faire exécuter les arrêts.

En France, la justice est rapide, sage, bienveillante pour les

étrangers ! si l'on veut lui garder ses qualités excellentes, il importe de protéger ses attributions. Et surtout il faut se rappeler que l'étranger, aujourd'hui ami de notre pays, peut en être demain l'ennemi ; que le droit des gens nous commande avec le droit naturel de nous défendre et de nous unir entre nous ; sauf à examiner si telles ou telles barrières peuvent être levées dans tel ou tel moment.

16. Ici l'on m'arrête et l'on veut, qu'au moins les sentences arbitrales, rendues en conformité des lois étrangères, deviennent exécutoires en France par une simple ordonnance d'*exequatur* leur donnant la formule. Dès lors, on n'a plus le droit, dit-on, de tout remettre en question et d'exiger un jugement nouveau.

On considère ces décisions comme basées sur le droit des gens, et on les assimile aux sentences arbitrales, rendues en conformité des lois françaises.

Cette doctrine a pour elle l'ancienneté des auteurs. Aussi personne ne la critique ! Faut-il suivre le torrent et approuver sans examen? Agir ainsi serait prudent peut-être, mais ce ne serait pas décider en conscience ; par conséquent, je vais essayer de remonter aux principes.

Notre législation admet l'arbitrage pour tout ce sur quoi l'on peut transiger. Une réserve est faite pour les questions intéressant les lois d'ordre public et les bonnes mœurs, de même que pour les questions intéressant des incapables. Ainsi l'on ne peut soumettre à un arbitrage les questions d'état sur les personnes, les règles de la compétence, l'application des peines, etc... pas plus que l'on ne peut en France compromettre sur les droits des mineurs, des communes, ect.

Comme sanction à ces prohibitions, l'on a admis l'opposition à l'ordonnance d'*exequatur* et à l'apposition de la formule exécutoire sur une sentence arbitrale. Pour faciliter cette voie de recours, la loi a eu soin de déterminer à quel tribunal la sentence serait déposée. Tout autre président que celui du lieu où elle a été rendue serait incompétent pour en ordonner l'exécution.

La règle de procédure qui attribue autorité au président qu'elle détermine a eu pour but de rendre possible l'opposition à son ordonnance. Il y a dans cette mesure une garantie sérieuse que l'on ne peut supprimer arbitrairement. On ne se

préoccupe pas assez de l'importance des formes et l'on ne voit pas qu'à chaque violation un danger se présente, mais on passe outre et l'on vous dit, par exemple, à propos de notre question, que s'il s'agit d'une sentence arbitrale, on demandera l'ordonnance d'*exequatur* au président du tribunal du lieu d'exécution. Ceci n'est pas satisfaisant, parce que le condamné n'aura pas nécessairement avis de la possibilité du dépôt de la sentence dans tel greffe plutôt que dans tel autre, et qu'il ne lui sera pas possible de prendre ses mesures pour éviter de voir sanctionner un acte que nos lois politiques, notre état social, nos bonnes mœurs repoussent peut-être unanimement.

Si un individu a des biens situés dans plusieurs arrondissements, tous les présidents des tribunaux divers où sont ces biens pourront légalement être saisis, d'après l'opinion commune. Même, si par hasard cet individu voyage, le transport de sa malle fera naître autant de compétences que d'arrondissements parcourus; et l'on en trouvera bien d'autres encore, si l'on songe aux saisies-arrêts qui peuvent être formées. L'opinion dont je parle me semble laisser au poursuivant une latitude impossible.

Car il faut se rappeler que la sentence revêtue de la formule exécutoire sera ensuite exécutée dans la France entière. Pour obvier à l'inconvénient que je signale, la partie condamnée sera réduite à la nécessité de former opposition à l'ordonnance d'*exequatur* au greffe de tous les tribunaux français! Cette conséquence paraît faire décider la question.

Ajoutons encore qu'il n'y a pas, *d'après la jurisprudence*, de délai fatal pour rendre une sentence exécutoire. De telle façon que l'on ne pourra prévoir où ni quand la sentence sera présentée.

Afin de bien préciser la question et d'en montrer l'importance, voici dans quels cas l'opposition à l'ordonnance est autorisée par nos lois :

1° Si le jugement a été rendu sans compromis, ou hors des termes du compromis;

2° S'il l'a été sur un compromis nul ou expiré;

3° S'il n'a été rendu que par quelques arbitres, non autorisés à juger en l'absence des autres;

4° S'il l'a été par un tiers, sans avoir conféré avec les arbitres partagés;

5° Enfin, s'il a été prononcé sur choses non demandées (C. proc. civ., art. 1028).

Sans entrer dans un détail explicatif hors du sujet, il convient de remarquer à l'occasion du premier des paragraphes donnant ouverture à l'opposition à l'ordonnance, que le compromis nul est celui qui est vicié dans sa forme ou dans son essence, c'est-à-dire que la forme ou le fond, et en ce dernier cas, la question même du procès peuvent donner lieu à une demande en nullité.

Donc, il importe à la bonne administration de la justice et à la conservation des droits protecteurs de la défense que les sentences arbitrales ne puissent pas être rendues exécutoires en France par un tribunal indéterminé.

S'il faut, au contraire, qu'un tribunal soit choisi et désigné d'une manière précise, nous serons en face d'une loi qui ne donne pas d'indications. Or il s'agit ici de juridiction exceptionnelle, où tout est de rigueur, par conséquent cette juridiction n'est pas organisée et n'existe pas; par suite encore, ses arrêts ne seront que des avis dont les tribunaux tiendront plus ou moins compte, mais auxquels ils n'obéiront pas quand même. Par conséquent TOUTE sentence arbitrale rendue à l'étranger ne peut être qu'un simple avis.

17. On a examiné quelquefois la question de savoir comment on devrait s'y prendre pour faire revêtir d'une formule exécutoire les jugements qui auraient été rendus en France au nom d'une puissance étrangère, pendant une occupation du territoire.

Ces jugements seraient rendus par des officiers étrangers, ils seraient dès lors sans autorité, et comme nous l'avons établi, la partie condamnée aurait le droit de se défendre à nouveau.

18. Nous arrivons à la question de savoir si l'on doit, en France, donner l'ordonnance d'*exequatur* aux actes authentiques, reçus par les officiers étrangers. — Il s'agira d'abord des actes reçus dans des pays avec lesquels il n'y a pas de traité particulier, et nous rappellerons que quant à ceux-ci, l'article 121 de l'ordonnance de 1629 ne les considère que comme de simples promesses. La loi moderne a deux dispositions à leur égard, la première est l'article 2128 du Code Napoléon, la seconde, inutile pour la question, est l'article 544 du Code de procédure civile, qui se borne à renvoyer à la première.

L'article 2128 porte : « Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il

n'y a de dispositions contraires dans les lois politiques ou les traités. »

Cette disposition ne déroge point à l'ordonnance de 1629. Il envisage un cas particulier parmi ceux qui exigent des actes authentiques, et il décide que l'acte passé à l'étranger ne peut valoir comme authentique en France, pour l'hypothèse prévue. L'article 546 ne fait, sur les règles générales de l'exécution, que s'en référer à l'aricle 2128; donc, il faut dire que les actes passés par des officiers étrangers ne sont que de simples promesses, ainsi que le portait l'ordonnance de 1629.

A l'égard des contrats émanant d'officiers publics des pays avec lesquels des traités ont admis que ces actes seront exécutés en France, on doit les faire revêtir de la formule exécutoire par le président du tribunal du lieu où l'on veut suivre l'exécution. Bien entendu que les signatures devront être d'ailleurs certifiées ainsi que cela a été dit à l'occasion des jugements.

10. Notons que l'on ne doit pas employer les mots actes passés en pays étranger, pour ceux dont nous nous sommes occupés au numéro précédent. En effet, en parlant ainsi, on confondrait avec les actes des officiers étrangers ceux qui peuvent être reçus par les agents consulaires ou par les officiers d'administration des troupes de terre et de mer se trouvant à l'étranger. A l'égard de ces actes, lorsqu'ils doivent être exécutés en France, comme actes parés, ils portent la formule exécutoire (V. *suprà*, n° 10).

20. Lorsque la France étend ses frontières par l'annexion ou autrement, on pose immédiatement la question de savoir comment s'exécuteront dans le nouveau territoire les jugements, arrêts ou actes des officiers publics français, et dans la France ceux qui ont été faits par les officiers des pays réunis.

Il est bien entendu qu'il ne peut y avoir de doute à l'occasion des jugements et des actes postérieurs à la réunion. La formule exécutoire se fait obéir sur le territoire entier, et, à moins d'une loi positive, on ne doit pas distinguer entre le pays réuni et l'ancienne France.

On a dit que les jugements rendus avant la réunion ne pouvaient être exécutés après, si ce n'est dans le ressort où ils avaient été exécutoires d'abord. Cette proposition, qui semble au premier aperçu d'accord avec les principes de l'ordonnance de 1629, s'appuie de l'autorité de Merlin et d'un arrêt de rejet

de la Cour de cassation, en date du 18 thermidor an XII (Merlin, *Questions de droit*, v° *Réunion*).

Le réquisitoire du savant procureur général et l'arrêt cité par lui ont été influencés par les faits. Il s'agissait dans l'espèce d'un procès jugé en France et revisé à Liége. Le procès était né sur la révision, et l'instance était liée. Par conséquent, le fond était prêt à être jugé, et cette circonstance a dû peser à la fois sur le réquisitoire et sur l'arrêt.

Aujourd'hui les jugements des magistrats étrangers sont exécutoires en France, conformément aux traités politiques (C. Nap., 2123), par conséquent l'acte de réunion doit trancher la difficulté que nous signalons. Ce qu'il faut, c'est que les jugements soient revêtus de la nouvelle formule exécutoire.

Or il semble que les règles soient celles-ci :

A. La formule exécutoire sera mise sur la grosse des jugements, arrêts ou actes par les dépositaires des minutes [1].

B. Par le seul fait de l'apposition de cette formule sur la grosse, le titre sera exécutoire dans toute l'étendue du territoire français.

C. Sont exceptés les jugements ou arrêts rendus en France contre un habitant du pays réuni, en vertu de l'article 14 du Code Napoléon, ou en pays réuni contre un Français, en vertu d'un article pareil, sans que le défendeur ait été cité devant le

[1] Cet article de mon honorable confrère et ami, M. Malapert, était composé, avant le décret impérial du 12 juin 1860, qui ordonne qu'à partir de sa promulgation, la justice sera rendue au nom de l'empereur dans le département de la Savoie, dans celui de la Haute-Savoie et dans l'arrondissement de Nice, et qu'en conséquence les expéditions des arrêts jugements, mandats de justice, ainsi que les grosses et expéditions de contrats et de transactions susceptibles d'exécution seront intitulés et terminés selon la formule française. Ce décret n'est point inutile; il est même en soi un acte de courtoisie pour la Sardaigne, parce que la pratique, qui vit d'exemple, aurait bâtonné l'ancienne formule par souvenir de l'article 3 de l'ordonnance du 30 août 1815, tandis que l'article 3 du décret veut que pour les grosses et expéditions la nouvelle formule soit ajoutée à la formule dont elles étaient revêtues précédemment, et qu'ainsi les arrêts, jugements et actes conservent l'empreinte de la souveraineté du temps auquel ils ont été rendus ou passés. Autre but d'utilité réglementaire : *ces additions seront faites sans frais*.

Les circonstances ont voulu que, pendant un voyage de M. Malapert, imposé par ses devoirs, l'épreuve ne se soit pas retrouvée, ce qui a retardé la publication. (*Note de* M. Coin-Delisle.)

juge compétent à son regard, à moins qu'il n'y ait eu débat contradictoire sur le fond du droit.

Ces jugements seront déclarés non avenus, mais les frais faits à leur occasion seront compris dans ceux qui seront liquidés dans l'instance nouvelle.

Nous pourrions ici examiner la question de savoir quelle est l'influence des actes et jugements rendus en France contre un habitant de la Savoie ou réciproquement. Cela nous entraînerait trop loin. Nos lecteurs voudront bien sur cela recourir au traité de paix de 1760. P. A. F. MALAPERT.

LA SÉPARATION DE CORPS RÉFORMÉE.

Par M. Paul BERNARD, docteur en droit, procureur impérial à Brignolles (Var).

> J'avoue que pour demander au cœur un enchaînement irrémissible, il faut de graves raisons. J'en vois deux qui me paraissent irrécusables : la dignité de la femme et l'intérêt des enfants.
>
> (*La Famille*, Paul JANET.)

PREMIER ARTICLE.

INTRODUCTION.

La lutte contre le divorce remonte à l'avénement du christianisme; mais elle fut longue. Le détruire par un commandement et en un jour eût été impossible; les conciles procédèrent alors par réformes partielles qu'ils firent adopter par les pouvoirs civils. Les causes du divorce furent d'abord limitées, après quoi le second mariage fut interdit aux époux divorcés, sous peine de confiscation de tous leurs biens. Le nom restait, mais le principe de l'indissolubilité était proclamé et puisait déjà sa sanction dans la loi civile; l'Église prévoyait une réconciliation entre les époux, et espérait les y ramener par la solitude[1]; elle appelait en outre à son secours la répression spirituelle, d'autant plus efficace que les évêques étaient devenus compé-

[1] Cod. Theod., L. 3 et 16. — Cap. Baluze, 87, L. 6.

tents pour toutes les causes qui intéressaient le mariage. D'ailleurs, si l'excommunication était une sanction nulle pour quelques-uns, elle avait une influence incontestable sur le plus grand nombre; l'exclusion des cérémonies saintes, à une époque où le christianisme avait pris une si grande part dans la société, frappait l'homme dans son orgueil; l'exiler de ses coreligionnaires et de ses ministres protecteurs, c'était l'humilier, le rendre à sa faiblesse, indépendamment des privations spirituelles que lui faisait subir l'éloignement des autels, lorsqu'il était sincère dans sa foi. Grâce aux efforts incessants de l'Église, sauf quelques actes de faiblesse pour des têtes couronnées, et sous prétexte de raison d'État, l'indissolubilité du lien conjugal était acceptée par toute la France lorsque la Révolution éclata. Alors les bienfaits d'une conquête achetée au prix de seize siècles de combats parurent perdus; la législation de 1792, en brisant les liens de la famille, avait de nouveau proclamé le divorce. Mais les faits parlèrent eux-mêmes plus haut que les doctrines; le cynisme de la dépravation morale s'étala avec une telle hideur que de toutes les parties de la France des voix suppliantes s'élevèrent vers le législateur. Une commision fut nommée, et son rapporteur s'exprima ainsi : « Je ne vous parle-« rai pas des maux incalculables que le divorce a opérés; je ne « vous dirai pas que vingt mille époux lui doivent leur désunion « et en gémissent. Vous frémiriez si je vous présentais le tableau « fidèle des victimes que le libertinage et la cupidité ont amon-« celées dans la France. Mais qui de vous n'a entendu des « plaintes et des regrets? qui de vous n'a mille fois gémi des « scandales qu'a multipliés cette loi désastreuse dont toutes les « passions ont abusé tour à tour? Le législateur a perdu de vue « qu'il importe surtout d'empêcher les passions violentes de « naître ou d'éclater, et qu'une fois déchaînées elles ne con-« naissent plus de bornes; il a été déjoué par une immoralité « qu'il n'avait pas même jugée possible.

« Votre commission, disait le citoyen Siméon, vous propose « de supprimer le divorce arbitraire, et l'on crie au scandale. « Ah! le scandale serait de n'être pas sensibles, je ne dis pas « aux pétitions qui nous assaillent, mais aux abus dont chacun « est témoin, à la sollicitude, à la douleur, à la honte des fa-« milles, à la dissolution de mœurs autorisée par la loi elle-« même. On parle de dissensions entre les époux et l'on passe

« sous silence les querelles et les haines entre des enfants des « divers lits, tantôt méprisant une mère sans pudeur qui les a « sacrifiés à sa passion, tantôt ressentant l'injure qu'elle a « éprouvée de leur père, qui l'a reçue pure et chaste, et qui la « renvoie flétrie par sa fécondité même. Vous voulez des ma- « riages et vous en ôtez ce sentiment de l'âme, cette pudeur qui « les distingue des cohabitations fortuites, et vous en faites de « véritables prostituées. Si vous ne les avez pas encore cor- « rompues sans retour, c'est que la nature se fait obéir encore, « et que, comme on peut vivre au milieu des tombeaux, la « société peut résister longtemps aux mauvaises lois qui tendent « à la détruire. »

Le divorce a été aboli, mais depuis la loi de 1816 ses partisans n'ont pas perdu tout espoir de le faire revivre dans nos lois. Leurs tentatives, souvent encouragées par les assemblées législatives du règne précédent, n'ont pas abouti. Aujourd'hui ces menaces sont loin de nous, et l'indissolubilité consacrée par nos mœurs a vu sanctionner son empire absolu par la loi sur l'abolition de la mort civile.

Quelques opinions isolées se font jour à des intervalles éloignés; il n'est point téméraire d'avancer qu'elles n'ont pas trouvé d'écho, quel que soit le prestige du talent des publicistes qui les ont émises. L'auteur de l'histoire morale des femmes, entraîné sans doute par de nobles illusions, a présenté la loi sur la séparation de corps comme une immoralité plus grande que le divorce et réclamé cette dernière institution comme le seul remède aux unions malheureuses [1]. Dans son beau livre *sur la liberté*, M. Jules Simon se fait, à regret, le prophète du retour du divorce : « Je commence par avouer deux choses : la première, « c'est que l'interdiction complète et absolue du divorce peut « très-difficilement être maintenue dans la loi; la seconde, « c'est que, suivant toutes les probabilités, elle n'y sera pas « maintenue, et que, le jour où l'influence du catholicisme « décroîtra, soit dans l'opinion, soit dans la législation, le « divorce sera rétabli. Après avoir fait cet aveu, je déclare « très-hautement que je regrette d'être obligé de le faire; que « je suis en principe, par conviction et par sentiment, opposé « au divorce; qu'à mes yeux un des plus beaux dogmes du

[1] *Histoire morale des femmes*, par M. Legouvé.

« catholicisme, un des plus touchants, des plus moraux, des « plus spiritualistes, est celui qui fait du mariage un sacrement; « et que le jour où la loi civile aura proclamé la dissolution du « mariage, ce sera un devoir impérieux et pressant pour les « moralistes d'enseigner aux hommes qu'aux yeux de la con- « science et malgré l'impuissance de l'État, le mariage doit être « considéré comme indissoluble. »

Ce dernier aveu, ce conseil donné aux moralistes et suivi d'une défense de l'indissolubilité, remarquable autant par la dialectique que par l'éloquence, démontre la nécessité du divorce au point de vue social, puisque l'éminent publiciste fait abstraction de toutes considérations religieuses. Nul ne saurait accuser l'auteur du *Devoir* de préventions ; aussi la discussion philosophique est pour nous la meilleure assurance contre la prédiction qui la précède. Pourquoi retournerions-nous à une loi ouvertement immorale? Ne faudrait-il pas désespérer de la France et de l'humanité tout entière si, voyant le péril, nous nous y précipitions ; si, au lieu de conserver le progrès conquis par les âges, nous rebroussions honteusement chemin vers la barbarie, pour tourner éternellement dans un cercle inflexible de spiritualisme et d'abrutissement, d'ordre et de désordre? Je préfère me rattacher à cette noble croyance qui nous montre l'humanité faisant chaque jour un pas vers la réalisation des décrets éternels, les yeux tournés sans cesse vers le passé, pour profiter de ses enseignements ; vers l'avenir, pour voir le but immuable à atteindre.

Je ne reproduirais pas ici l'énergique protestation de M. Legouvé contre un principe adopté par nos lois et nos mœurs, si elle n'était lue par un grand nombre, et ne contenait des arguments dont il faut faire justice avant de reconstituer plus sérieusement la loi qu'on attaque.

« Dans l'état de notre société, dit M. Legouvé [1], la théorie de « l'indissolubilité ne ruine-t-elle pas le ménage mille fois plus « que ne le ferait le divorce enfermé dans des règles sévères? « Pour qui interroge les faits, il n'y a point de doute. Qui crée « parmi le peuple tant de bigamies de fait? L'indissolubilité. « Qui fait que trois ouvriers sur huit ont deux ménages? L'in- « dissolubilité. Qui fut cause qu'en 1830 la commission des

[1] *Histoire morale des femmes*, p. 200 et suiv.

« récompenses, lorsqu'elle s'occupa de secourir les combat-
« tants de juillet, vit arriver deux ou trois veuves pour chaque
« mort? L'indissolubilité. Qui multiplie les enfants illégitimes
« hors de la famille? L'indissolubilité. Qui alimente la haine
» entre les époux? L'indissolubilité. Qui amène les scanda-
« leuses révélations étalées par la justice aux yeux du monde?
« L'indissolubilité. Qui inspire des pensées de meurtre et par-
« fois des meurtres allant jusqu'au massacre? L'indissolubilité.

« Quand un principe produit de tels effets dans la société,
« c'est qu'il est ou radicalement mauvais ou en désaccord avec
« les lois et les mœurs de cette société. Radicalement mauvais?
« Nul n'oserait le soutenir, et personne moins que moi. Ce sont
« donc nos mœurs et nos lois qui sont en lutte avec lui; par
« conséquent, il faut réformer mœurs et lois ou modifier le
« principe de l'indissolubilité, c'est-à-dire que nous voici con-
« duits de nouveau par le raisonnement à réclamer cette me-
« sure : Institution temporaire du divorce. Au reste, veut-on
« une preuve évidente qu'il est nécessaire d'établir le divorce,
« c'est que la loi l'a établi malgré elle; c'est qu'il est déjà créé,
« créé sous un faux nom, déguisé, méconnaissable en appa-
« rence pour les esprits légers, mais créé en fait. Oui, nos
« législateurs ont beau s'en défendre, le divorce existe; il
« existe avec tous ses maux et sans un seul de ses avantages;
« il existe avec une immoralité de plus, avec mille douleurs de
« plus, mille contradictions de plus; il existe, enfin, puisque
« la séparation existe. Examinons le fait de la séparation, et le
« doute ne sera plus possible.

« La séparation désunit sans délivrer, sépare les biens et
« laisse la femme en tutelle du mari; sépare les personnes et
« laisse au mari honnête homme la responsabilité des fautes de
« sa femme; brise le mariage comme lien et le maintient comme
« chaîne. N'est-ce pas là le divorce le plus impie, le plus cor-
« rupteur qu'aucun peuple ait jamais porté et supporté? Je
« conçois la séparation du moyen âge : alors la femme séparée
« était retranchée du monde et jetée dans un monastère. Si
« l'épouse était victime, du moins la sainteté du mariage était
« sauve. Mais que dire de notre séparation actuelle? Quoi! une
« femme a vingt-cinq ans (c'est presque toujours dans la jeunesse
« qu'on se sépare); elle vient demander à la loi de l'arracher à
« un mari dont elle ne peut plus supporter les mauvais traite-

« ments; la loi la sépare en effet de cet homme, puis elle la « jette dans la vie, sans guide, sans consolation, livrée à ses « douleurs, à ses rêves et à sa vivace jeunesse! Qu'arrive-t-il « alors? Son isolement et son titre même de femme séparée « attirent autour d'elle mille empressements intéressés, mille « espérances injurieuses; il semble toujours aux hommes qu'une « femme séparée leur appartient de droit! Résiste-t-elle, ils l'en « punissent en épiant sa conduite, en calomniant jusqu'à son « passé; car aux yeux du monde une femme séparée ne repousse « un hommage que parce qu'elle en accueille un autre. Cède- « t-elle, au contraire, honte et mépris pour elle! Comme elle « n'a personne pour la défendre et que sa faute ne peut se « cacher derrière le manteau du mariage, elle se voit en butte « aux attaques des femmes rigides, qui souvent ne sont sans « pitié que parce qu'elles sont sans cœur, et à celles des femmes « légères, qui se font impitoyables afin de paraître rigides. Et « cependant est-ce elle qui est coupable ou la loi? La loi ne l'a- « t-elle pas, pour ainsi dire, condamnée à faillir? Arrachez-lui « donc le cœur si vous voulez qu'elle n'aime plus à vingt-cinq « ans! Hélas! qui de nous n'a pas connu ou ne connaît pas « quelqu'une de ces tristes victimes éperdues dans la vie comme « un pauvre oiseau dont le nid est brisé?.....

« Qu'on ne nous dise pas du moins que la séparation respecte « le principe du mariage. Quoi de plus outragé qu'un principe « que le fait viole chaque jour, pendant que la doctrine le dé- « clare inviolable? Qu'on ne nous parle point de la chance de « réconciliation laissée aux époux. Il n'y a pas un exemple de « rapprochement sur cent séparations.

« .....Enfin on dit pour suprême raison : C'est en faveur des « enfants que la séparation est établie; les parents souffrent, « il est vrai, mais du moins la fortune des enfants est main- « tenue.

« La fortune! les enfants!..... Mais les parents ne sont-ils « donc pas des êtres humains comme les enfants? La femme « n'est-elle donc pas souvent aussi innocente que son fils de « cette séparation, et avez-vous le droit de torturer un père et « une mère par un veuvage forcé, afin de conserver à leur en- « fant quelque argent de plus? Car il ne s'agit que d'argent. « Éducation, unité d'éducation morale, vie de famille, tout est « détruit par la séparation comme par le divorce. Que dis-je?

« mille fois plus encore. L'enfant, tiraillé entre deux pouvoirs « contraires, élevé dans deux systèmes opposés, appartenant « par moitié à chacun de ses parents (car malgré toutes les « décisions du tribunal, les parents restent parents), orphelin « de sa mère pendant un mois, de son père pendant l'autre, les « entendant tous deux se charger d'accusations mutuelles d'au- « tant plus amères que leur malheur est sans remède, l'enfant « se trouve constitué juge de ses parents même, et le résultat « de son jugement est le mépris pour l'un ou pour l'autre, « souvent pour tous deux. Telle est la séparation : mortelle aux « parents comme le divorce, brisant comme le divorce l'asso- « ciation des pensées, l'association des fortunes, et, de plus que « le divorce, désespérant et déshonorant ses victimes. Donc, de « deux choses l'une : ou il faut abolir la séparation, ou il faut « admettre le divorce. Or, abolir la séparation, qui l'oserait? « Vous ne pouvez même la rendre ni plus douce ni plus dure ; « car une chaîne de plus, c'est la loi du moyen âge, une chaîne « de moins, c'est le divorce même. Il faut donc le divorce ! « Que les obstacles qui l'entourent soient sans nombre, les « précautions multipliées ; déclarez que celui des deux époux « dont la faute l'aura provoqué sera puni d'une amende consi- « dérable, puni d'une peine afflictive, privé même du droit de « se remarier ; proclamez le divorce un malheur, une loi tran- « sitoire, une exception ; mais proclamez-le, sinon la famille est « en péril ! N'entendez-vous pas ces cris étouffés de colère qui « s'élèvent contre le nœud conjugal ? Craignez de faire passer « de la douleur au désespoir, du désespoir au crime ces mal- « heureuses qui se sentent enchaînées dans votre cage de fer du « mariage. Vous n'y avez laissé qu'une porte de sortie, la mort. « Prenez garde ! Que signifient ces causes funèbres qui semblent « se multiplier, et qui nous montrent les mains désespérées « mêlant dans la nuit de mortelles substances au breuvage de « l'époux malade? Il y a là un symptôme terrible. Les crimes « ne représentent pas toujours uniquement des passions mau- « vaises ; ils sont souvent le témoignage sanglant d'une légi- « time révolte, et comme le cri d'un besoin. Si vous refusez « aux femmes ce qui est juste, elles voudront ce qui ne l'est « pas. Un refus inique déprave. Irritées par l'excès de leurs « souffrances, elles s'en prendront, non pas aux abus du ma- « riage, mais au mariage même, et voilà leur oreille ouverte à

« ces théories fatales qui leur prônent, non pas un divorce, « mais vingt divorces successifs, c'est-à-dire l'abolition du ma- « riage, c'est-à-dire la femme libre ! »

On le voit, c'est le cri d'alarme jeté au législateur pour lui montrer l'arche sainte de la famille près de sombrer. Que de femmes l'ont recueilli dans leur cœur ! Que de mauvais sentiments qui n'avaient osé se faire jour auront éclaté aux accents de cette fatale doctrine ! En stigmatisant une de nos meilleures institutions, le moraliste entendait sans doute gémir dans son âme les plaintes que l'historien avait recueillies lorsqu'il écoutait les femmes éplorées des temps antiques lui raconter le mépris et le despotisme de l'homme. Là est son excuse, car de bonne foi n'est-il pas injuste d'attribuer au principe de l'indissolubilité l'immoralité des classes ouvrières de nos grandes villes, les adultères, les haines conjugales, et les crimes qu'elles inspirent ? Le cadre de ce travail ne me permet pas de dire les bienfaits de l'indissolubilité pendant les siècles passés et de nos jours ; j'invoquerai seulement l'éloquence des chiffres. En l'an IX, dans le seul département de la Seine, il y eut *sept cents divorces* et quatre mille mariages ; en l'an X, il y eut trois mille mariages seulement et *neuf cents divorces*. Si l'on rapproche ces chiffres de ceux des séparations de corps, on sera stupéfait de la différence et heureux de la stabilité que l'institution que l'on voudrait renverser a apportée au mariage. En effet, en 1837, 1838 et 1839, on ne comptait que sept cent quarante et une séparations de corps en moyenne, *non plus dans le département de la Seine, mais dans toute la France !* Ce chiffre s'est élevé, surtout depuis la promulgation de la loi sur l'assistance judiciaire : il est arrivé à douze cent cinquante. Mais qu'il y a loin de là à ce mouvement désordonné, à ce vertige de libertinage qui s'était emparé de la France sous l'influence corruptrice du divorce ! Les détracteurs de la séparation de corps le croiraient-ils, il est des départements entiers où les tribunaux n'ont pas eu à statuer sur une seule demande de cette nature. Si les mêmes désordres n'ont pas été signalés sous l'Empire, c'est uniquement parce que l'opinion publique, ramenée aux vrais principes par les maux que la France avait soufferts, flétrissait ceux qui foulaient aux pieds les prescriptions religieuses. « Depuis longtemps, disait à la chambre des pairs le rapporteur du projet de loi relatif à l'abolition du divorce, l'opinion

publique a flétri le divorce ; il appartenait à un gouvernement qui ne veut s'appuyer que sur les bonnes mœurs de le faire entièrement disparaître de notre législation [1]. »

Il faut entourer le divorce d'obstacles sans nombre, de précautions multipliées ! dit-on. Mais alors, pour donner la liberté à un petit nombre, vous resserrez les chaînes de tous ces époux qui trouvent dans la séparation un remède suffisant à leurs douleurs, et qui ne peuvent avancer des griefs assez sérieux pour qu'on brise leur union. Admettez le divorce, vous effacez le sentiment de pudeur qui retient les femmes, et vous multipliez les adultères. L'infidélité ne sera que le prélude de la promesse d'un second mariage, et un pacte d'alliance unira les maris et les séducteurs, comme autrefois il était d'usage en Angleterre.

Eh quoi ! l'on prétend que la séparation jette des désirs monstrueux dans le cœur des époux ; mais ces désirs se traduiront en hideuses réalités si l'on fait briller à leurs yeux l'appât du divorce. Ces cris étouffés de colère et de révolte contre la loi, vous ne les éteindrez pas ; vous n'arrêterez pas ces magiciennes donnant des breuvages de mort à leurs époux, le sourire sur les lèvres, car avant d'en arriver là elles furent coupables. Le mariage sera toujours pour l'épouse adultère une cage de fer qu'il faudra briser avec le poignard ou dissoudre avec du poison, si vous n'admettez pas pour chacun des époux un droit de répudiation illimité. Si certaines femmes sont franchement impudiques et ne craignent pas d'afficher leur adultère pour obtenir la liberté, d'autres voudront tromper le public, et briseront le lien conjugal par des moyens secrets et criminels.

On fait un tableau fort sentimental de la jeune femme séparée, que la liberté et le vide de son existence livrent à mille séductions. Il faut prendre en pitié ces tristes victimes de la brutalité de l'homme : c'est là une de ces mille douleurs qui frappent les innocents comme les coupables, et que l'âme doit accueillir avec patience et résignation pour y trouver l'espérance de l'immortalité. « Le divorce pour infidélité, disait Mme Necker, est « une flétrissure pour le coupable et un malheur pour l'offensé. « Mais il ne peut pas être plus permis au parjure de former de

[1] Locré.

« nouveaux liens qu'à un homme mis hors la loi de rentrer « dans le pays où il a été condamné; et quant à l'époux ou « l'épouse outragés, le sort est tombé sur eux pour donner un « grand exemple de délicatesse. Ils pleureront dans le désert « comme la fille de Jephté, mais ils vivront solitaires comme « elle, pour des vœux prononcés en présence du ciel. Beaucoup « de gens se sont destinés au célibat qui n'avaient pas des mo- « tifs si purs et si respectables [1]. »

Ce qui souille la famille et la met en péril, c'est la déification de la passion, c'est l'indifférence et le mépris pour l'épouse vertueuse, c'est l'ennui de la vie intime, de sa quiétude, de sa régularité, qu'une littérature malsaine préconise depuis quelques années. La servitude maternelle si douce et si sainte devant Dieu, les nobles anxiétés et les douleurs sanctifiantes de la famille, chacun veut s'y soustraire pour vivre bruyamment, avec luxe, avec frénésie, dans des plaisirs sans fin. La courtisane, avec ses mobiles amours, est l'idéal qu'on nous a tant de fois proposé, que les cœurs sont énervés et ne battent plus pour les aspirations élevées. Non, non, ce n'est pas l'indissolubilité qui crée la bigamie, l'adultère, les scandaleuses révélations étalées devant la justice : c'est l'immoralité des hommes et l'impudeur des femmes; c'est le mensonge impie proféré au pied des autels, quand on jure une protection qu'on ne veut pas donner, une obéissance à laquelle on ne veut pas se soumettre, une fidélité qu'on veut violer. Le divorce ne saurait être un remède contre les mauvaises mœurs, car ces nœuds formés sans entraînement et sans pureté ne seront brisés que pour en former de nouveaux; la satiété flétrissant les cœurs qui ne sont pas sanctifiés par l'amour, nous arriverons à la polygamie successive. L'outrage, l'adultère, les tentatives criminelles, on les désirera; on y aura recours pour obtenir une rupture que la sévérité de la loi refuserait. Les époux qui voudront secouer leurs chaînes inventeront mille subterfuges; ils simuleront des drames pour assurer le triomphe de leur mutuel consentement. On ne veut pas sacrifier les parents aux enfants, on oublie que les époux, en contractant mariage, ont juré d'élever leurs enfants! La loi doit en conséquence leur imposer les sacrifices qu'ils n'ont pas la force d'accepter. L'obligation contractée est

[1] *De l'éducation des femmes.*

éternelle; il ne peut dépendre des époux de s'en tenir quittes réciproquement, puisque les enfants ont été tacitement parties au contrat. Mais quant à eux, voudrait-on soutenir que le divorce ne leur est pas mille fois plus funeste que la séparation? On l'a entrepris, mais sans succès. Sans doute quelques enfants souffriront de la séparation, du défaut d'unité dans l'éducation. Confié à des mains mercenaires dans certains cas fort rares, l'enfant sera privé de ces douces joies qui nous ouvrent la vie; il restera orphelin pendant quelques années, puis un jour son cœur lui indiquera quelle est la douleur qu'il doit consoler, et peut-être, unissant la main de l'offenseur à celle de l'affligée, amènera-t-il une réconciliation. Si ses larmes sont impuissantes, il courbera la tête, et allant de l'un à l'autre, il prodiguera à tous deux les trésors de son affection, comme après un duel l'ami commun donne ses secours aux deux rivaux blessés.

Si les passions ravagent le toit domestique, l'indissolubilité protége ses débris et les désigne encore à l'enfant pour qu'il s'y réfugie. Mais le divorce fonde deux nouvelles familles; les enfants, orphelins sans retour, sont réduits à errer désolés et sans abri, ou à manger le pain amer d'une maison étrangère et à maudire les ingrats qui lui donnèrent le jour. L'abandon des enfants, conséquence inévitable du divorce, ne le condamne-t-il pas à jamais comme une institution impie?

Il faut s'incliner devant la loi qui commande l'éternité des engagements, car elle est d'institution divine, et repose sur l'espérance d'une réconciliation et d'un retour à l'accomplissement des devoirs sacrés jurés au pied des autels.

Si la séparation de corps est le seul remède aux unions malheureuses, chacun reconnaît que la loi qui la réglemente est incomplète; un projet de loi présenté en 1816 après l'abolition du divorce ne reçut pas d'exécution. En 1831, lorsque la chambre des pairs rejeta les diverses propositions faites par la chambre des députés pour le rétablissement du divorce, les membres de cette assemblée promirent de s'associer à une réforme de la loi sur la séparation de corps. En 1842, le comte Portalis signalait cette lacune à l'Académie des sciences morales, dans un travail comparatif de la législation française et du Code de Sardaigne. M. Jules Simon signale aussi l'urgence de cette réforme. En 1858, l'Académie de législation de Toulouse a eu l'heureuse pensée de mettre au concours une question

ainsi posée : *Rechercher les améliorations à introduire dans la législation, en matière de séparation de corps.* Quoique notre mémoire n'ait point été couronné, il a été accueilli avec des paroles si bienveillantes qu'elles ont été pour nous un encouragement. Nous avons profité des conseils qui nous étaient adressés relativement à certaines modifications. Nous serions heureux que, malgré ses nombreuses imperfections, notre travail attirât l'attention du gouvernement sur une réforme législative dont les conséquences seraient salutaires aux mœurs de la nation, et qu'on pût effectuer sans nuire à l'économie générale du Code Napoléon.

Nous tiendrons surtout compte du projet de loi présenté en 1816.

CHAPITRE Ier.

DES CAUSES DE LA SÉPARATION DE CORPS.

Aux termes des articles 306 et 229, 230, 231 et 232 du Code Napoléon, la séparation de corps peut être demandée : 1° pour l'adultère de la femme et l'adultère du mari, lorsqu'il a entretenu une concubine dans la maison commune : 2° pour excès, sévices ou injures graves ; 3° pour la condamnation de l'un des époux à une peine infamante.

Le projet de loi de 1816 conservait les mêmes causes de séparation, sauf quelques légères modifications dans l'application.

Du consentement mutuel.

Établissons un principe qui existe dans le Code Napoléon comme dans le projet de 1816, mais qui a été inspiré par des motifs différents aux législateurs des deux époques : c'est que la séparation de corps ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

D'après le Code, lorsque la séparation de corps, prononcée pour une autre cause que l'adultère de la femme, avait duré trois ans, l'époux qui était défendeur originaire pouvait la faire convertir en divorce par le seul refus de son conjoint d'y mettre un terme. Or, admettre la séparation par consentement mutuel eût été par suite supprimer d'un trait toutes les entraves

qu'on avait voulu élever autour du divorce pour la même cause.

L'ancienne jurisprudence avait aussi écarté la séparation par consentement mutuel, parce qu'il n'est pas permis aux époux de transiger sur des lois d'ordre public. Les rédacteurs du projet de 1816 s'inspirèrent de la jurisprudence des anciens parlements. « Cette disposition, disaient-ils, était bien nécessaire « pour la dignité et la stabilité du mariage. Vous concevez, en « effet, combien il serait facile à un mari et à une femme de « s'entendre pour relâcher volontairement le lien par lequel ils « seraient unis et s'affranchir de concert des devoirs qu'il im- « pose. Le mariage alors ne serait plus qu'un jeu. Le moindre « caprice, le moindre mouvement d'inconstance suffirait à des « époux pour se séparer. La légèreté habituelle de beaucoup « d'entre eux n'y résisterait pas, les passions y résisteraient « encore moins ; leur impétuosité ne donnerait pas souvent le « temps de la réflexion. Ce serait d'ailleurs une porte toujours « ouverte à toutes les fraudes, et quelques moyens, quelques « précautions qu'on pût imaginer pour les réprimer, des époux « de mauvaise foi et que cette mauvaise foi même rendrait in- « génieux ne manqueraient pas de trouver des combinaisons à « l'aide desquelles ils parviendraient à se rendre maîtres de la « fortune de leurs créanciers ou à rendre leurs droits au moins « inutiles. »

Ne pourrait-on pas soutenir qu'aujourd'hui la séparation ne pouvant plus être transformée en divorce par le laps de trois ans, il y aurait moins de danger à admettre le consentement mutuel, soit pour l'incompatibilité d'humeur que les époux seuls peuvent bien apprécier, soit surtout pour sauver de la publicité leurs dissensions intérieures? N'est-il pas contraire aux bonnes mœurs d'étaler devant les tribunaux les turpitudes de l'adultère, les attentats qui révèlent la méchanceté et la haine des époux? N'est-il pas cruel de faire retomber sur des enfants innocents la honte inévitable de l'inconduite de leur mère, des violences de leur père? Si la séparation n'est qu'un remède, qu'une protection que la loi accorde à l'époux outragé, pourquoi lui faire acheter cette protection au prix du scandale et de l'avenir de ses enfants?

Quelque puissantes que soient ces considérations, elles ne sauraient nous faire dévier du principe sanctionné par les traditions. La loi doit rejeter la séparation conventionnelle parce

que ce moyen, absolu par sa nature, favoriserait les caprices les plus insensés, et, en multipliant les séparations, porterait atteinte au mariage. Pour ceux entre lesquels n'existent que des causes de division futiles, l'éloignement momentané peut suffire ; il serait dangereux que la loi se fît complice de l'humeur passagère des époux et mit en lambeaux le bonheur domestique qui n'a subi qu'une déchirure légère. Si au contraire l'un des époux a de douloureux secrets, il est cruel, j'en conviens, de l'obliger à en subir l'oppression ou à les livrer à la raillerie du monde ; mais la séparation conventionnelle doit être proscrite d'autant plus sévèrement que, depuis la loi de 1850, la séparation de corps a modifié les règles de la paternité et de la filiation.

Article 1er. *La séparation de corps n'aura jamais lieu par le consentement mutuel des époux.*

De l'adultère.

Une question fort importante se présente ici : La loi actuelle protége-t-elle suffisamment la femme en ne lui accordant le bénéfice de la séparation que pour l'adultère commis par le mari dans la maison commune ?

Le devoir de fidélité a été imposé aux époux par le Code Napoléon, mais satisfait d'avoir proclamé ce précepte de morale, le législateur ne lui donne qu'une sanction incomplète quant au mari. Il abandonne à sa conscience, dans les cas les plus fréquents, une violation de la foi jurée dont les conséquences sont plus funestes qu'il n'a paru le croire. En cela il a suivi l'injustice des traditions qui avaient armé le mari d'un pouvoir absolu et laissé la femme sans protection.

J'admets que la loi pénale punisse plus sévèrement l'infraction à la sainteté du mariage commise par la femme parce qu'elle a des conséquences plus graves que celle du mari. Sa faute peut introduire des étrangers dans la famille et ravir aux enfants légitimes une part de leur patrimoine. La loi doit tenir compte de ce désordre ; en dissolvant la famille, il attaque la société dans sa base fondamentale ; or, pour défendre la société, il faut proportionner la peine du crime au danger dont il la menace.

Mais les conséquences sociales peuvent être écartées lorsque la violation de la foi conjugale est considérée comme offense entre les époux. « Chez nous, dit saint Jérôme, ce qui est com-

« mandé aux femmes est commandé aux hommes. Les lois de « Jésus-Christ et celles des empereurs ne sont pas semblables. « Saint Paul et Papinien ne nous enseignent pas les mêmes « choses : ceux-là lâchent la bride à l'impudicité des hommes « et ne condamnent l'adultère qu'avec une femme mariée. « Mais parmi les chrétiens il n'en est pas ainsi ; si un mari « peut répudier sa femme pour cause d'adultère, une femme « peut quitter son mari pour le même crime; dans les condi- « tions égales, l'obligation est égale. » (*Vie de sainte Fabiola.*)

Cette doctrine si pure du christianisme qui jugeait la moralité des actions en les comparant au devoir enfreint, avait pénétré dans la législation civile; les constitutions de Constantin admirent le divorce lorsqu'un des époux indifféremment était convaincu d'adultère ; mais la loi Julia, qui interdisait à la femme l'accusation d'adultère contre son mari, reprit son empire en France malgré la doctrine de l'Église. Bientôt même la jurisprudence restreignit le droit de la femme qui demandait la séparation au cas où le mari avait entretenu sa concubine dans le domicile conjugal, ainsi que l'indiquait la novelle 117 de Justinien.

Les principes de la loi chrétienne elle-même avaient été altérés pendant la féodalité ; l'égalité qu'elle proclamait avait cédé aux préjugés aristocratiques ; l'adultère n'était plus que l'outrage fait au seigneur et maître, la tache imposée à sa lignée par l'épouse infidèle, *violatio tori alieni*. Cette doctrine pèse encore sur les mœurs, les idées et les lois modernes.

Dans la séance du Conseil d'État du 24 vendémiaire an X, lors de la discussion du projet du Code Napoléon relatif au titre du Divorce et de la Séparation de corps, les véritables principes triomphèrent, mais pour un jour seulement; l'adultère du mari fut proclamé dans tous les cas une cause de divorce.

M. Lamée observe que punir l'adultère du mari dans le cas seulement d'entretien de sa concubine dans la maison commune, c'est l'autoriser tacitement dans les autres.

M. Regnier dit que l'adultère ne doit être considéré que dans les effets qu'il produit entre les époux ; sous ce rapport le tort est le même soit que le crime appartienne au mari, soit qu'il appartienne à la femme. Cependant la femme ne doit pas être admise à accuser son mari, mais elle doit être autorisée à demander le divorce pour cause d'adultère.

M. Tronchet adopte cet avis. En effet, dit-il, les lois romaines prononçaient une peine contre l'adultère ; et alors il était juste d'établir une distinction qui servait à graduer la peine d'après les conséquences. Mais lorsque l'adultère n'est considéré que par rapport au divorce, tout doit être égal entre les époux.

M. Boulay propose de rédiger ainsi : « *L'adultère est une cause de divorce.* » Cette rédaction est adoptée. (Locré, t. V.)

Mais dans la séance du 24 brumaire ce principe fut abandonné ; on retourna aux anciens errements.

M. Defermon demande que l'adultère du mari ne soit pas une cause de divorce, parce qu'il est contre les mœurs et contre la décence de permettre à une femme de faire valoir une semblable cause.—La proposition de M. Defermon est adoptée.

M. Boulay demande que la proposition de M. Defermon soit modifiée par l'amendement qu'avait proposé la section en faisant de l'adultère du mari une cause de divorce, lorsqu'il tient sa concubine dans la maison conjugale.

M. Rœderer dit qu'on ne doit pas accorder le divorce à la femme pour le concubinage du mari. Jamais la loi n'a puni ces sortes d'écarts même civilement ; on a dit dans tous les temps : « *tori conjugalis maritus solus vindex.* » Il y a plus : ce n'est pas l'adultère directement que les lois ont puni, mais seulement l'introduction possible d'enfants étrangers dans la famille et même l'incertitude que l'adultère laisse à cet égard. Or l'adultère du mari n'a pas les mêmes suites ; au reste, il serait contre les bonnes mœurs d'autoriser une femme à se plaindre que son mari la néglige et que ses soins sont pour une concubine.

M. Regnier éleva encore la voix pour défendre le spiritualisme de la loi contre la pression qu'exerçaient des principes malsains, des mœurs dissolues, de coupables priviléges. « Le crime, disait-il, est le même dans les deux époux ; c'est toujours la violation de la foi donnée, *et cette violation est par elle-même le principe du divorce.* » Mais ce fut en vain ; l'entretien de la concubine dans la maison commune entraîna seul le divorce, comme constituant la plus grande injure qui puisse être faite à une femme chaste et honnête.

Les mêmes idées triomphèrent dans le projet de 1816 ; on invoqua les traditions et l'opinion de Montesquieu.

Cependant l'adultère commis par le mari en dehors du foyer domestique, a des conséquences qu'on n'oserait nier. Le

mari est-il riche, il entretient une courtisane ; s'il habite une ville où le vice s'affiche sans pudeur, il s'en parera dans les lieux publics, il insultera par d'injustes préférences celle à qui il avait promis protection et fidélité, il grèvera le budget domestique de dépenses qui n'ont d'autres limites que les caprices d'une fille de joie ; peut-être aura-t-il recours aux spéculations hasardeuses pour faire face à ses dissipations, et après quelques années de folle vie la faillite éclatera. La courtisane aura dévoré le patrimoine sacré de la femme, des enfants, et donné, en échange de quelques baisers impurs, le déshonneur et la misère !

Le mari adultère est-il un ouvrier, sa famille est bientôt détruite ; amolli, dégradé par les plaisirs des sens, il abandonne l'atelier, il donne à la concubine la paye destinée à faire vivre ses enfants. La satisfaction du devoir accompli ne le soutient plus dans le dur labeur qui doit commencer avec l'aurore et finir avec la nuit ; les plaintes de sa compagne l'irritent ; il s'emporte, il menace, il frappe. Les gémissements de ses enfants qui demandent du pain le font fuir ; il franchit le seuil de sa mansarde pour n'y plus revenir. Si le remords le saisit, il va s'endormir dans les bras de sa maîtresse ou dans l'ivresse des boissons alcooliques ; il appartient désormais à ces hordes qu'on voit surgir aux jours de l'émeute.

L'adultère du mari amène souvent l'inconduite de la femme. La misère à laquelle il l'a livrée, l'abandon, les outrages, les sévices dont il l'a meurtrie physiquement et moralement l'y ont poussée peut-être.

L'homme est sans excuse, car il court au mal ; il a cependant pour se préserver le souvenir des joies permises, le chaste bonheur de la famille. Son titre de chef lui a imposé des devoirs qu'il a juré d'accomplir en face de la société et en face de Dieu. Liens civils, liens religieux, il méprise tout pour séduire une jeune fille pure et inexpérimentée ou pour jeter le désordre dans un autre ménage. Cependant rien ne sollicite son parjure, car il n'est pas jusqu'à la courtisane qu'il ne doive prier pour vaincre les derniers vestiges de pudeur dont elle se pare par habileté ; mais tout y pousse la femme ; pauvre, c'est la misère ; riche, c'est l'oisiveté, le luxe, l'imagination, les séductions sans nombre qui l'assaillent.

On s'est toujours préoccupé des conséquences funestes de

l'adultère de la femme, comme si celles de l'adultère du mari ne l'étaient presque pas toujours à un égal degré. Si le mari a des relations avec une femme mariée, c'est lui qui met des enfants à la charge de celui qu'il trompe. Séduit-il une jeune fille, sa faute est irréparable ; il jette la désolation dans une famille et livre au déshonneur une jeune fille que le désespoir poussera au suicide, à la prostitution ou au crime.

Faut-il admettre qu'il soit contre les bonnes mœurs d'autoriser une femme à se plaindre que son mari la néglige et que ses soins sont pour une concubine, ainsi qu'on le disait au Conseil d'État? Mais en vérité c'est vous qui infectez le mariage de matérialisme ! C'est vous qui assimilez l'épouse légitime à l'ignoble concubine en supposant qu'en réclamant contre l'infidélité de son époux, elle veut disputer à la concubine la débauche des sens ! N'y a-t-il donc pas outre les droits de la couche conjugale ceux de l'affection, ceux de l'amour ? Et si vous brisez cette communion éternelle des âmes, ce *consortium omnis vitæ* qui est tout un monde moral de tendresses sérieuses, votre compagne ne pourra-t-elle pas, sans dépouiller la pudeur de l'épouse chrétienne, dévoiler votre infidélité ?

Faut-il ajouter que l'adultère du mari lui inspire à lui aussi de criminelles pensées ? Le souvenir d'une femme chrétienne immolée dans un sanglant holocauste sous les inspirations d'une rivale, il y a quelques années à peine, serait-il oublié ?

Mais ce qui prouve que la loi est injuste, qu'elle contient une lacune inique, c'est que tous les tribunaux et toutes les cours de l'Empire ont cherché à la combler. Les législateurs du Code Napoléon avaient-ils jamais pensé que la femme demanderait la séparation en assimilant l'adultère de son mari à une injure grave, alors qu'ils n'avaient considéré comme telle que l'adultère dans la maison commune ? Pourquoi forcer la femme et les tribunaux à recourir à un subterfuge ? Ou l'adultère du mari est une faute, une injure grave, et il faut la flétrir solennellement dans la loi pénale comme dans la loi civile, au lieu de la réprouver subrepticement comme si l'on avait honte de la punir ; ou bien il ne constitue pas une injure dont la femme puisse se plaindre, et alors il ne faut pas surprendre par une pénalité civile l'époux qui a cru de bonne foi, confiant dans la loi, n'être responsable que vis-à-vis de sa conscience.

N'est-il pas vraiment dérisoire de restreindre l'adultère aux

termes de l'article 230? D'après la doctrine, en effet, des faits accidentels et fugitifs, lors même qu'ils auraient été commis dans la maison commune, soit avec plusieurs femmes, soit avec la même, ne suffiraient pas. Il faut qu'il y ait eu des relations « plus « ou moins continues et entretenues, un état de concubinage, une « de ces liaisons honteuses qui livrent l'épouse à la plus insultante « rivalité. » « Cet état de concubinage doit avoir lieu sous les « yeux mêmes de l'épouse bravée et humiliée, en présence des « domestiques et des enfants, témoins peut-être des plus scan- « daleux exemples, dans ce sanctuaire enfin dont la pureté est si « essentielle au bonheur de tous. » « Ainsi les époux habitent un « château attenant à une ferme et le mari entretient des relations « coupables avec la fille de son fermier; la concubine ne sera « pas dans la maison commune si le château et la ferme, quoique « contigus, sont néanmoins séparés et forment des édifices dis- « tincts. Mais les époux demeurent au premier étage et la con- » cubine est au second étage de la même maison? Mettez-les au « même étage et porte à porte, je n'en répondrai pas moins que « la concubine n'est point alors dans la maison commune. » (Demolombe).

Si le mari entretient publiquement une étrangère hors du domicile conjugal, la femme peut intenter une instance en séparation, non pour cause d'adultère, mais d'injure grave. Ce n'est donc pas la violation de la foi conjugale qui constitue l'injure, mais la *publicité de cette violation*. On ne tient nul compte des souffrances intimes, de ce martyre de chaque heure auquel la femme est condamnée par l'abandon de son époux, si elle ne ceint pas publiquement la couronne d'épines, si elle n'est pas abreuvée d'humiliations au regard de la foule. Elle n'est injuriée que si elle est l'objet de la pitié publique.

La réforme en ce qui touche l'adultère doit porter sur la loi pénale aussi bien que sur la loi civile. Deux principes nouveaux me paraissent indispensables dans la loi pénale pour mettre un frein aux mauvaises mœurs et fortifier l'union conjugale : 1° la répression de l'adultère du mari dans tous les cas, 2° la faculté donnée au père de famille de le dénoncer, lorsque l'adultère aura été consommé avec sa fille mineure et non mariée. Il est inutile de faire ressortir les conséquences fécondes de ce dernier principe. Le père de famille dont la fille est séduite par un homme marié est désarmé; donnons-lui un moyen sûr

d'obtenir justice afin qu'il n'ait pas recours à la violence.

En matière civile, il faudrait déclarer purement que l'*adultère est une cause de séparation de corps.*

Article 2. Deux autres dispositions devraient suivre : 1° *Le tribunal donnera acte au ministère public de ses réserves pour poursuivre l'époux adultère et son complice devant la juridiction correctionnelle lorsqu'il se sera écoulé moins de trois ans depuis la date du délit.*

Il importe de faire cesser une anomalie : c'est la compétence exceptionnelle que l'article 308 du Code Napoléon attribue aux juges civils. La difficulté fut entrevue plutôt que discutée au conseil d'État. Le premier consul insista sur la nécessité de réprimer l'adultère, dans le cas de séparation de corps, afin que la femme ne continuât pas à déshonorer librement son mari ; un membre de l'Assemblée proposa même d'appliquer à la femme les peines de l'*authentique*. La nécessité d'une répression et l'absence de pénalité dans les lois criminelles amenèrent la disposition de l'article 308. « N'est-ce pas à une raison « historique, dit M. Demolombe, qu'il faudrait demander l'ori- « gine de notre article 308 ? Réprimé autrefois par notre ancienne « jurisprudence, l'adultère de la femme avait cessé d'être traité « comme un délit par la législation intermédiaire (loi du 25 « septembre 1791). C'est sous l'empire de cette loi que le nou- « veau législateur s'occupa de la séparation de corps et qu'im- « patient peut-être de rétablir une pénalité contre l'adultère, « il la décreta de suite dans le Code civil. »

Cette compétence exceptionnelle donne lieu à de nombreux inconvénients. En premier lieu elle est contraire à tous les principes de la loi criminelle. En effet, les magistrats prononcent sur la lecture des enquêtes reçues par un juge-commissaire, tandis qu'ils ne devraient appliquer une peine qu'après avoir entendu les dépositions orales. Ils ne peuvent apprécier ces mille nuances que le magistrat sait découvrir dans l'attitude, l'hésitation, l'acrimonie ou l'impartialité des témoins. La femme n'est pas appelée directement pour répondre à l'accusation d'adultère ; souvent même elle ignore que la juridiction devant laquelle on discute la séparation puisse lui infliger une peine. Elle se défend avec moins d'énergie ; elle se soustrait à la honte des débats ; l'audience civile attire moins d'auditeurs et la décision qui frappe la femme n'est pas entourée

de la solennité qui préside toujours aux sentences criminelles. L'impression produite est forte, car il semble que la peine ne soit ici que l'accessoire de la séparation.

L'inconvénient de ce sytème est en second lieu de désarmer le ministère public; car, suivant la jurisprudence, 1° le tribunal qui aurait omis de prononcer l'emprisonnement dans le jugement de séparation, ne pourrait l'appliquer postérieurement; 2° en aucun cas il ne pourrait prononcer une peine contre le complice de la femme ou contre le mari (MM. Massol, p. 190; Duranton, t. XI, n° 542; Demolombe, n° 381.) Le ministère public peut ne pas trouver dans les enquêtes civiles les preuves du délit d'adultère; pourquoi ne pas lui accorder comme dans toutes les poursuites un délai suffisant pour qu'il puisse agir avec recueillement? Les preuves offertes par les enquêtes peuvent suffire pour faire prononcer la séparation de corps, mais n'être pas complètes pour autoriser une peine; un supplément d'information criminelle aurait amené ce résultat.

En troisième lieu, l'article 308 constitue une exception au principe général de nos lois pénales qui permet aux juges de faire application au condamné de l'article 463, lorsque la cause présente des circonstances atténuantes. La durée de la reclusion, d'après ce texte, ne peut être moindre de trois mois, tandis que lorsque l'adultère est réprimé par les dispositions du Code pénal, la peine de l'amende seule peut être prononcée. Ces anomalies doivent disparaître de notre législation, dont elles détruisent l'harmonie.

La suppression de l'article 308 mettra fin à une controverse qui s'est élevée sur diverses questions fort délicates. Deux notamment me paraissent avoir un intérêt pratique et réclamer une solution définitive. J'indique plutôt que je ne discute.

1° Certains jurisconsultes pensent que les juges doivent prononcer l'emprisonnement lors même que le mari déclarerait se contenter de la simple séparation de corps, et ne pas considérer son action comme une plainte en adultère pour obtenir une peine correctionnelle. Cette dure alternative dans laquelle on place le mari ou de flétrir sa femme par une condamnation à la reclusion, ou de renoncer à la séparation de corps, est contraire au principe qui domine la législation en cette matière et qui fait céder l'intérêt de la société à celui de la famille. Cette doctrine est en contradiction flagrante avec l'article 336

du Code pénal. Je sais bien que l'article 308 a été édicté avant le Code pénal, et que le législateur du Code Napoléon ne s'est pas préoccupé de la théorie qui serait adoptée quant à l'adultère. Je signale seulement les inconvénients regrettables d'une disposition pénale égarée dans la loi civile et qui bouleverse tous les principes du droit criminel, sans offrir le moindre avantage. (Voir une dissertation à ce sujet *Journal du ministère public*, t. II, n° 212.)

2° Certaines cours de l'Empire ont jugé tout récemment que le désistement par le mari de la plainte en adultère qu'il a portée contre sa femme ne fait pas obstacle à ce que, sur la séparation de corps qu'il a ultérieurement formée pour la même cause d'adultère, la femme soit, à la réquisition du ministère public, condamnée conformément à l'article 308.

Cette question se lie à la première : en se désistant au criminel, le mari a manifesté la volonté de n'invoquer que les conséquences purement civiles du délit d'adultère, c'est-à-dire de s'en tenir à la séparation de corps. Pour lui la vie commune est impossible, mais il ne veut pas pousser la vengeance jusqu'à envoyer sa femme dans une maison de correction et à faire retomber cette flétrissure sur ses enfants. Dans un premier mouvement d'indignation il a porté plainte; il a reculé plus tard devant les conséquences d'une condamnation. Comment reconnaître au ministère public, ainsi que le dit le *Journal du ministère public* [1], le droit de braver cette manifestation de volonté et de passer outre lorsque la répression de l'adultère de la femme ne peut être poursuivie sans l'adhésion du mari?

Une fois entrée dans cette voie d'exceptions au principe de l'article 336, la jurisprudence n'aurait plus de limites et devrait décider, pour être logique, que le mari qui a entretenu une concubine dans le domicile conjugal peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère et faire condamner sa femme en vertu de l'article 308. Or ne serait-ce pas là une suprême injustice? Cependant cette solution serait logique, car les articles 336 et 339 sont postérieurs en date à l'article 308 et n'ont pu avoir aucune influence sur les intentions des législateurs du Code Napoléon, s'ils ont voulu ne tenir nul compte de la volonté du mari, mais édicter une peine absolue que les juges doivent toujours prononcer.

[1] T. III, p. 41.

On le voit, supprimer l'article 308 c'est tarir une source abondante de difficultés d'autant plus regrettables qu'elles jettent du désordre dans la loi pénale et énervent ses dispositions. C'est donc à tort que le projet de loi de 1816 avait conservé la compétence exceptionnelle du tribunal civil par son article 29.

Les derniers mots de notre article 3, *lorsqu'il se sera écoulé moins de trois ans depuis la date du délit*, ont pour but de mettre fin à la controverse qui s'est élevée sur le délai dans lequel la demande en séparation devrait être formée relativement à l'époque invoquée par le demandeur comme étant celle où l'adultère a été commis.

M. Toullier enseigne que si les mauvais traitements avaient entièrement cessé et que le silence de l'offensé se fût prolongé pendant une année, il semble que les tribunaux devraient étendre à ce cas l'article 957 (C. Nap. t II, p. 762).

M. Zachariæ pense que l'exception résultant de la prescription trentenaire est proposable contre la séparation de corps.

M. Massol repousse ces deux solutions et veut faire prévaloir la prescription du droit criminel. D'après les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle, l'action publique et l'action civile nées d'un délit se prescrivent par trois années. Ainsi un époux ne pourra se plaindre de l'adultère de son conjoint après ce délai, par conséquent il ne serait pas écouté s'il fondait sur ce moyen une demande en séparation de corps.

Cette solution conduirait à un résultat fâcheux, ajoute M. Massol; quelquefois l'époux offensé n'est informé de l'adultère que lorsque le délai de la prescription est écoulé; il serait trop douloureux pour lui de passer ses jours avec une personne qui ne lui inspire que de l'aversion. M. Massol lui accorde dans ce cas une action en séparation pour cause d'injures graves.

Comme M. Demolombe, je ne saurais admettre aucune de ces trois opinions, parce que nul texte n'a établi de délai dans lequel doive être intentée l'action en séparation de corps. Les tribunaux ont seulement à apprécier s'il y a eu réconciliation entre les époux; l'offense ne se prescrit jamais, si le cœur ne pardonne.

M. Massol est inconséquent quant aux conclusions qu'il pose après avoir établi un principe général. Il refuse à l'époux le droit de demander la séparation de corps lorsque le délit d'a-

dultère de son conjoint est prescrit, et il lui accorde ce droit sous le titre d'*injures graves* lorsqu'il n'avait pu connaître l'adultère. Suivant lui, si l'injure qui résulte de *paroles ou d'écrits* est, selon les cas, un délit prescriptible par trois ans ou une contravention prescriptible par un an, l'injure qui résulte d'actes ne constitue pas un délit prévu par les lois et ne saurait s'éteindre par aucune prescription.

Ce système crée des difficultés inutiles et méconnaît un des principes essentiels de nos lois, la distinction de l'*action pénale* d'avec l'*action civile spéciale à fin de séparation de corps*, bien différente de l'action civile qui a pour but la réparation du préjudice causé par un délit. Plus tard nous examinerons si l'action en séparation de corps a été soumise à la prescription trentenaire ou si elle doit y être soumise. En l'état, il suffit de rappeler que le but que se propose l'époux demandeur en séparation de corps pour cause d'adultère n'est pas la répression d'un fait délictueux, mais le droit d'éloigner l'épouse infidèle et pour le mari celui plus précieux de désavouer des enfants qui naîtraient de relations illégitimes. Après trois ans de silence depuis la consommation du délit, le mari ne pourra plus déférer aux tribunaux correctionnels l'adultère de sa femme, et dans l'instance en séparation de corps, le ministère public sera non avenu à réclamer la condamnation à l'emprisonnement que l'art. 308 leur ordonne de prononcer [1]. Ainsi s'éteindra cette jurisprudence sanctionnée par un arrêt récent (Cour de Paris, 26 janvier 1860) suivant laquelle la pénalité de l'article 308 doit être prononcée, *lors même que le fait d'adultère dénoncé par le mari remonterait à plus de trois années*. Pourquoi en effet attribuer aux juges civils le droit de perpétuer l'action résultant des délits et renverser ainsi les grands principes d'ordre public, les garanties sociales consacrées par toutes nos lois? Il y a là deux conséquences que nous repoussons : la première, c'est que le mari puisse obtenir indirectement, par la voie de la séparation de corps, une condamnation à l'emprisonnement qu'il n'aurait pu obtenir par une action directe devant la juridiction correctionnelle; la seconde, c'est que de la prescription de l'ac-

[1] Depuis que ces lignes sont écrites, la Cour de Besançon a rendu un arrêt dans ce sens le 20 février 1860. Il est précédé d'un remarquable réquisitoire de M. l'avocat général Neveu-Lemaire, sur l'interprétation de l'article 308 du Code Napoléon. (V. Dalloz, 1860, 2, 54.)

tion pénale on veuille conclure à la prescription de l'action en séparation de corps.

La modification que nous proposons relativement à la compétence fera cesser une autre controverse. M. Vazeille (*Traité du mariage*, t. II, n° 529) enseigne que le mari est non recevable à demander la séparation de corps, lorsqu'il a d'abord fait condamner sa femme pour cause d'adultère. Cette solution est repoussée par la jurisprudence. Toutefois à l'avenir le tribunal civil ne pouvant prononcer une peine corporelle, on ne pourra plus soutenir que si le mari n'avait pas renoncé à l'instance en séparation de corps, il n'aurait pas saisi le tribunal correctionnel au lieu de recourir à une juridiction qui avait la faculté de prononcer sur deux actions.

Notre article réserve entièrement les droits du ministère public pour la poursuite correctionnelle. En substituant en effet la juridiction correctionnelle à la juridiction civile pour la répression de l'adultère commis par la femme, il est naturel de donner à celle-ci les mêmes droits ; la répression toutefois ne sera pas forcée, c'est-à-dire que le ministère public conservera son indépendance d'action, sans, d'une part, que le tribunal civil puisse lui enjoindre de poursuivre, et sans qu'il ait besoin, d'autre part, d'une dénonciation spéciale du mari. Mais le principe de la réconciliation sera respecté ; l'action publique sera éteinte si avant la condamnation le mari reprend sa femme.

En résumé, sur ce point, l'introduction d'une demande formée soit par le mari, soit par la femme pour cause d'adultère, constituera vis-à-vis du ministère public une dénonciation de délit de nature à mettre en mouvement l'action publique, et la réconciliation seule des époux mettra obstacle à cette action.

On trouvera peut-être que ce serait entraver la séparation de corps pour cause d'adultère que de n'admettre comme obstacle à l'action publique que la réconciliation des époux. J'avoue, sur ce point, que je m'en tiens purement au principe posé dans les articles 308 et 309 du Code Napoléon, parce que, dans l'intérêt de la moralité publique, il importe que, lorsque les liens du mariage ont été relâchés par suite d'un délit qui offense la société, la société obtienne répression ; l'exception ne doit être admise que lorsque le pardon de l'époux offensé est complet et qu'il consent à rouvrir les portes du domicile conjugal. Toutefois, si cette opinion paraissait trop sévère, le législateur pourrait

admettre que la déclaration de l'époux outragé qu'il s'oppose à des poursuites correctionnelles arrêtera l'action publique. Ce système a l'avantage de laisser complétement indépendantes la séparation de corps et l'action criminelle, et par conséquent de laisser à l'époux outragé une liberté complète. Ce serait d'ailleurs la consécration absolue du principe de l'art. 336 du Code pénal; ce serait aussi effacer complétement les traces de l'article 308 du Code Napoléon.

Mais si nous admettons que la réconciliation complète des époux ou la déclaration du demandeur en séparation de corps qu'il s'oppose aux poursuites correctionnelles éteignent l'action publique, nous ne voudrions pas que, lorsque la condamnation est intervenue, il pût dépendre de l'époux offensé d'anéantir ses effets. S'il est vrai que la violation de la fidélité conjugale soit surtout un délit privé, on ne saurait nier qu'elle porte le trouble dans la famille et porte atteinte aux lois fondamentales de l'ordre social. Lorsque l'adultère a été réprimé par une condamnation poursuivie par le ministère public, la société est intervenue; l'intérêt privé s'est effacé devant un droit d'un ordre plus élevé; le coupable est sous la main de la justice; il doit expier sa peine, à moins que le souverain, prenant en considération ses résolutions, son repentir et une réconciliation sincère entre les époux, ne lui accorde la remise de sa peine. Cette participation au droit de grâce conférée à l'époux outragé est de nature à détruire l'effet exemplaire de la loi pénale. Les priviléges de l'époux outragé doivent s'arrêter là ou l'action publique invoque les droits de la société.

En outre les époux ne doivent pas se jouer de la loi, et il me paraîtrait moral de laisser toute liberté au ministère public lorsque après une demande en séparation de corps suivie de réconciliation, ou après une première condamnation pour adultère, une seconde demande en séparation de corps était intentée pour la même cause. Le récidiviste s'est rendu indigne de toute faveur; s'il a abusé de la faiblesse et de la confiance de son conjoint, il ne saurait impunément tromper la société.

Les réformes que je propose relativement à l'adultère éprouveront, j'en suis convaincu, une vive résistance. Qu'il me soit permis de dire que si les lois civiles et criminelles ne sont pas un Code de morale, elles perfectionnent d'autant plus les mœurs

publiques qu'elles sont une émanation plus directe des lois naturelles. Sans doute le législateur ne peut réprimer tout ce que la conscience réprouve, mais il doit, pour obéir à la loi du progrès, user de son droit d'initiative pour entraîner les peuples à l'observation d'une morale plus pure. D'autres nations nous ont donné l'exemple; pourquoi ne le suivrions-nous pas? Dans le canton d'Argovie, les dispositions sur l'adultère établissent l'égalité entre le mari et la femme (art. 122). Le Code bavarois admet la séparation de corps pour adultère indistinctement de l'une de leurs parties, mais cette cause cesse lorsque le délit est réciproque et lorsqu'il y a eu réconciliation. Le Code autrichien admet aussi la même cause de séparation. Le Code pénal de ce pays contient en outre les dispositions suivantes : Art. 247. « Toute personne mariée qui commet un adultère ainsi que la personne libre avec laquelle un adultère est commis sont condamnées à l'arrêt d'un à six mois. *La femme doit néanmoins être condamnée plus sévèrement lorsqu'à raison de l'adultère commis, il peut s'élever des doutes sur la légitimité de l'accouchement subséquent.* »

Le Code prussien contient des dispositions de même nature.

Je formulerais ainsi ces dernières modifications.

Article 3. Le tribunal donnera acte au ministère public de ses réserves pour poursuivre l'époux adultère et son complice devant la juridiction correctionnelle, lorsqu'il se sera écoulé moins de trois ans depuis la date du délit.

Article 4. La réunion des époux avant la condamnation correctionnelle fera obstacle aux poursuites. Toutefois, si la séparation de corps avait été prononcée une première fois pour adultère, la réconciliation des époux, après le second jugement de séparation de corps, ne fera pas obstacle à l'action publique.

Article 5. Après la condamnation, le souverain pourra remettre la peine.

Des excès, sévices et injures graves.

Article 6. Les époux pourront réciproquement demander la séparation de corps pour « excès, sévices et injures graves de l'un d'eux envers l'autre. »

La faiblesse naturelle à la femme a fait croire à quelques-

uns qu'elle ne pouvait se révolter contre son protecteur naturel, et dans la discussion du projet de loi de 1816 on se demanda « si l'époux qui à l'exercice de l'autorité conjugale joint la force de son sexe, peut alléguer des excès, des sévices et des injures graves qu'il semble au premier coup d'œil être toujours en état de réprimer. » On pensa avec raison que le mari était aussi bien que la femme exposé à la diffamation et à de criminelles tentatives et l'on maintint la réciprocité de l'action.

Il est impossible de préciser les faits qui constituent des excès, des sévices ou des injures graves. Les magistrats sont sur ce point appréciateurs souverains. Il est inutile de rappeler les règles admises par l'ancienne jurisprudence et qui sont sanctionnées par les décisions intervenues depuis la promulgation du Code; elles forment comme le complément de la loi et sont remarquables par leur sagesse, mais on ne saurait les formuler en articles de loi.

Toutefois, si l'appréciation des magistrats doit être souveraine, il est certains actes qui ne varient pas et que l'expérience signale comme des injures pouvant être formulées sans porter atteinte au pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Il en est deux qui me paraissent susceptibles d'être déterminés comme injures graves pouvant entraîner la séparation de corps.

§ 1. On a reproché à la loi civile d'avoir isolé le mariage de la consécration divine par laquelle le fondateur du christianisme en a fait un sacrement. On reconnaît qu'elle doit être indépendante de la loi religieuse, mais on prétend que le Code Napoléon a brisé l'harmonie dans laquelle doivent vivre la législation civile et la législation religieuse, parce qu'à l'époque où il a été promulgué toutes les conséquences de la séparation des deux pouvoirs n'étaient pas nettement définies. « Pour rester fidèle au « double principe sur lequel elle était légitimement édifiée, dit « M. de Richécour[1], notre loi civile devait, non pas mentionner, « mais du moins supposer le concours du mariage civil et re- « ligieux : la vérité demandait donc qu'elle ne fît aucune pres- « cription au sujet de ce dernier, mais aussi qu'elle ne le traitât « pas comme non existant, puisqu'il a en lui-même une exis- « tance indépendante, et surtout qu'elle n'édictât rien qui en « impliquât la négation, qui en fût la contradiction, ou qui y

[1] *De l'histoire de la législation des formes du mariage*, p. 130.

« fût une entrave, sous peine de mentir à son point de départ, « et de constituer une indépendance hostile, défiante, c'est-à- « dire un scandale et un despotisme. »

Cet historien prétend que la prohibition de la loi actuelle en vertu de laquelle la célébration religieuse ne peut précéder la célébration civile du mariage n'a plus de raison d'être, que les conséquences de cette prohibition sont déplorables. Il propose donc de supprimer les articles 199 et 200 du Code pénal afin de laisser toute liberté à ceux qui croient que le mariage religieux doit précéder le mariage civil. M. de Richecour poursuit ainsi : « Une autre situation, conséquence inévitable de la li- « berté de conscience, est digne néanmoins de l'attention du « législateur parce qu'elle peut enfanter les plus graves incon- « vénients et qu'il y a moyen de les prévenir sans atteinte aux « principes qui en sont l'occasion. Aujourd'hui, les époux qui « veulent subordonner l'efficacité de l'acte civil à la célébra- « tion religieuse, ne peuvent le déclarer devant le magistrat ; « et si l'un des époux méconnaît sa promesse et refuse d'aller « à l'autel, l'autre reste à la merci d'une telle déloyauté ; il « subit malgré lui tout le poids d'un lien dont on ne veut pas « accorder la consécration à sa croyance et qui n'enchaîne pas « moins sa liberté pour toujours. Sa conscience ne le recon- « nait pas, sa volonté ne peut le rompre.

« Ainsi, le législateur refuse à la bonne foi des époux toute « garantie contre de telles surprises, dont le scandale est mal- « heureusement loin d'être sans exemple. Qui pourrait dire « qu'un tel principe n'est pas aussi oppressif pour la liberté « des contrats que blessant pour la foi des peuples et la di- « gnité du mariage? On pourrait remédier à ce grave incon- « vénient en prescrivant à l'officier de l'état civil, avant de « procéder à la célébration civile, de demander aux futurs « époux s'ils entendent faire consacrer ou s'ils ont fait consa- « crer leur union devant les ministres de leurs religions « respectives, et de constater dans l'acte leur réponse, sous les « peines mentionnées à l'article 193 du Code pénal. Lorsque la « célébration religieuse n'ayant pas encore eu lieu, les époux « repondraient affirmativement, l'obligation de la vie com- « mune prescrite par l'article 214 du Code Napoléon ne com- « mencerait pour eux qu'après qu'il aurait été procédé à la « cérémonie religieuse ; et, dans le cas de non-cohabitation

« antérieure, un des époux refusant de procéder à cette céré-
« monie, le mariage civil pourrait être déclaré nul. Si, au
« contraire, la cohabitation avait eu lieu déjà, le refus dont
« nous parlons serait de droit considéré, sur la demande de
« l'autre époux, comme une injure grave donnant lieu à la sé-
« paration de corps.

Je ne discuterai pas plus le principe posé par M. de Richecour que les conséquences qu'il en tire, tant il me paraît contraire à la sécurité de la famille et à la stabilité de l'État. Accorder la prééminence au mariage religieux, c'est ouvrir la porte à tous les désordres; la règle immuable, qui est sanctionnée par la loi pénale, assure seule l'indissolubilité du mariage. Le seul danger, à mon avis, que la loi doive prévenir, quoiqu'il soit peu fréquent, c'est le refus que ferait l'un des époux de faire bénir son union par l'autorité religieuse. Mais je ne saurais admettre la nullité du mariage pour ce motif (ainsi que le demandent MM. Bressoles, Marcadé, de Richecour), parce que ce serait s'exposer à mille questions de cohabitation qu'il serait difficile et peu moral de discuter. Mais la loi peut ouvrir à l'époux offensé par ce refus l'asile de la séparation de corps pour le protéger contre le droit de cohabitation. La réconciliation ne peut manquer de se faire avec le temps. On prescrirait à l'officier de l'état civil, ainsi que le dit M. de Richecour, de demander aux futurs époux s'ils entendent faire consacrer leur union devant les ministres de leurs religions respectives et de constater dans l'acte leurs réponses, sous les peines mentionnées en l'article 193 du Code pénal.

L'obligation de la vie commune ne commencerait pour eux qu'à partir de la cérémonie religieuse (en fait elle ne commence qu'alors), et dans le cas où un refus se produirait, le président du tribunal fixerait une résidence provisoire à la femme. L'époux qui se plaindrait du refus pourrait faire sommation à son conjoint de réaliser dans un délai déterminé les promesses consignées dans l'acte de mariage; après l'expiration de ce délai, il intenterait une demande en séparation de corps.

Article 7. Lorsque les futurs époux se seront engagés dans l'acte de mariage à procéder à une célébration religieuse, ils pourront exiger l'exécution de cette promesse. Le refus de l'un d'eux sera une cause de séparation de corps.

§ 2. S'il est pour l'homme une injure de nature à lui rendre la vie commune insupportable, c'est lorsque la compagne qu'il associe à son existence, à laquelle il a donné son amour, s'est livrée à un autre avant le mariage et lui a donné un enfant que l'époque de sa naissance frappe fatalement d'illégitimité. L'action en désaveu est accueillie par les tribunaux, l'enfant est écarté de la famille ; comment la femme pourrait-elle y être tolérée? On a dit qu'elle n'était pas adultère, que sa faute était antérieure au mariage... Pour n'avoir pas violé le devoir de fidélité, elle ne s'est pas moins rendue indigne par sa dissimulation de l'affection qu'on lui a jurée. Au lieu de sa pureté de jeune fille, elle apporte à son époux une beauté souillée par l'inconduite; sa couronne de vierge est effeuillée par la débauche. Il n'est donc plus de bonheur possible au foyer domestique. Quelle garantie le mari peut-il avoir de la fidélité de celle qui a dissimulé, sous les plis du voile de fiancée, le fruit qu'elle portait dans son sein. Si une douleur pouvait motiver le divorce, c'est bien celle qui naît au seuil du mariage et qui brise en un moment toutes les illusions et les félicités de l'avenir.

Il ne peut s'élever aucune difficulté sur ce fait puisque la loi a entouré l'action en désaveu de toutes les précautions désirables pour qu'elle ne soit pas intentée par le mari lorsqu'il a eu connaissance de la grossesse, soit parce qu'il aurait poussé l'indignité jusqu'à contracter mariage avec une fille dont l'inconduite lui était connue, soit parce qu'il aurait eu des relations avec elle avant le mariage. En un mot, toutes les difficultés auront été jugées avant de demander la séparation, par la sentence définitive qui aura admis le désaveu.

Article 8. Lorsque le mari aura désavoué l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage et que sa demande aura été accueillie par un jugement définitif, il pourra se pourvoir en séparation de corps. Il lui suffira de produire la sentence de désaveu.

De la séparation de corps pour cause de la condamnation de l'un des époux.

D'après le Code Napoléon, toute condamnation de l'un des époux *à une peine infamante* est pour l'autre une cause de séparation de corps. Le projet de loi de 1816 n'a fait que repro-

duire cette disposition. Le rapport à la chambre des pairs ne contient la trace d'aucune discussion. « C'est avec beaucoup de « raison, y est-il dit, que le Code avait adopté ce moyen et en « avait fait une cause de séparation, car comment voudrait-on « contraindre un homme ou une femme honnête à la honte de « continuer la plus intime des sociétés avec un individu flétri « par la loi et retranché de la société civile pour ses crimes? « L'honneur et la raison se révoltent également à cette idée; « ce serait renouveler le supplice de Mézence, attacher un « corps vivant à un cadavre et condamner la pureté ou l'inno- « cence elle-même à l'ignominie. » (V. Locré, t. V, p. 549.)

Je paraîtrai téméraire en demandant une réforme sur un point qui aurait été sanctionné purement et simplement par les législateurs de 1816. Toutefois je dois poursuivre l'exposition de mes idées, quelque opposition qu'elles puissent rencontrer.

La loi pénale n'a fait aucune distinction pour déterminer les actes qui doivent être réputés infâmes : pour elle tous les crimes emportant condamnation aux peines afflictives, c'est-à-dire, 1° à la mort, 2° aux travaux forcés à perpétuité, 3° à la déportation, 4° aux travaux forcés à temps, 5° à la détention, 6° à la reclusion, ainsi que ceux entraînant des peines infamantes, savoir la dégradation civique et le bannissement, impriment l'infamie sur le front du condamné. La loi ne distingue pas si celui-ci a violé une loi morale ou un principe purement social ou politique. Ainsi l'on voit souvent la conscience publique réprouver avec plus d'indignation certaines actions que le Code ne répute pas infâmes que d'autres qu'il flétrit comme telles. Cette contradiction est regrettable parce qu'elle atténue l'influence des lois criminelles. La loi doit, suivant nous, tenir compte du sentiment public; or, suivant ce dernier, l'infamie a été mal à propos attribuée à tous les crimes sans distinction. Il était difficile, il est vrai, d'établir des catégories, parce que l'échelle des peines est fort restreinte et que l'infamie a été caractérisée par la nature de la peine. Si le principe posé par la loi peut être critiqué en théorie, l'application qu'on en fait présente des dangers réels. Je prends un exemple. « Tout écrit, dit l'article 204 du Code pénal, contenant des instructions pastorales en quelque forme que ce soit et dans lequel un ministre du culte se sera ingéré de critiquer ou cen-

surer, soit le gouvernement, soit tout acte de l'autorité publique, emportera la peine du *bannissement* contre le ministre qui l'aura publié. » Sans doute ce crime constitue une désobéissance aux lois et dénote une exaltation qui peut compromettre la tranquillité de l'État; mais cette exaltation a pu puiser sa source dans un sentiment généreux, dans une conviction ardente; on ne saurait taxer d'infâme le ministre qui a cru accomplir un devoir en publiant ce qui lui paraissait être la vérité. La répression doit suivre de semblables actes, mais nul ne considèrera comme flétri celui qui l'aura encourue. Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire ou administratif qui s'immisceraient dans l'exercice du pouvoir législatif seraient passibles de la dégradation civique. Je pourrais citer d'autres faits pour lesquels l'intérêt social a fait édicter des peines dont l'intérêt est incontestable, mais qui ne sauraient être taxés d'immoralité et emporter infamie.

Parmi les délits correctionnels, combien impliquent chez le coupable une immoralité plus grande! combien sont flétris sans hésitation par l'opinion publique! Le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, le proxénétisme, ne souillent-ils pas plus que certains crimes?

Cette contradiction est d'autant plus marquée aujourd'hui que la correctionnalisation des vols qualifiés est devenue d'un usage général en France et y produit d'excellents résultats. Si l'on considère en outre que l'article 232 du Code Napoléon a été édicté principalement en vue du divorce et que la séparation de corps n'a été organisée qu'imparfaitement, et si l'on peut dire *in globo*, on reconnaîtra que le législateur ne devait admettre pour dissoudre le mariage que les condamnations d'une nature grave; mais pour relâcher seulement le lien conjugal, la flétrissure qui résulte de condamnations moins importantes doit suffire. La réforme doit donc porter sur deux points : 1° *écarter comme cause de la séparation, les crimes qui ne supposent pas une immoralité élevée*; 2° *l'admettre au contraire pour les délits qui l'impliquent.*

On ne peut atteindre ce résultat qu'en laissant aux tribunaux une appréciation souveraine. Ce système a l'inconvénient d'abandonner une règle uniforme, mais il supprime une lettre de loi impitoyable qui frappe en aveugle. Les juges ne prononçant sur la demande en séparation pour cause d'attentats commis

par un époux sur l'autre, qu'après un examen sévère, et afin de mettre à l'abri les jours de la victime, pourquoi n'en serait-il pas de même lorsque l'offense n'a pas été adressée à l'époux demandeur lui-même, et qu'il ne repousse dans son conjoint que la flétrissure qui résulte de la loi. Qui peut mieux que le magistrat apprécier le degré d'immoralité du condamné, sa position sociale, l'impression que peut produire sur son conjoint le crime qu'il a commis, suivant l'éducation que celui-ci a reçue, ses relations sociales, son caractère et sa propre moralité? Le magistrat connaît aussi l'opinion publique, et il sait tenir compte des antécédents du condamné, de l'indulgence qu'il mérite ou de son endurcissement. Celui qui, rebelle aux avertissements de la justice, persiste dans le vol ou le proxénétisme, sera par les tribunaux noté plus infâme que celui qui dans un moment d'égarement a commis un crime.

Les séparations prononcées à la suite de condamnations à une peine infamante sont peu nombreuses; elles ne le deviendront pas davantage, parce que la sagesse des tribunaux réprimera les abus qui pourraient se produire : pour cela il suffit d'entourer la procédure de certaines formalités peu compliquées. D'ailleurs, pour les condamnations à une peine infamante, un juge délégué prendra communication au greffe de la Cour d'assises, de la procédure criminelle, et fera un rapport au tribunal sur les circonstances du crime. Le ministère public fournira des renseignements sur la conduite du défendeur depuis sa condamnation; si celui-ci s'est pourvu en grâce, s'il a obtenu une remise de peine, il le fera connaître, car pourquoi ne prendrait-on pas en considération l'amélioration du condamné, son retour à des sentiments meilleurs? Pourquoi son conjoint le repousserait-il, quand les magistrats, quand le gouvernement le jugent digne de rentrer dans la société, ou croient, dans leur impartiale appréciation, que le jury a été trop sévère. N'est-il pas plus juste que l'époux demandeur ne puisse se soustraire à la vie commune sans examen et sur la seule présentation de l'arrêt criminel. Il en doit être d'autant mieux ainsi aujourd'hui que, dans la loi d'abolition de la mort civile, le législateur n'a pas reproduit la déchéance des droits de famille.

Lorsque le demandeur se prévaudrait d'une condamnation correctionnelle, il ne pourrait assigner son conjoint qu'après une autorisation contenue dans une ordonnance rendue par le

président du tribunal sur les conclusions conformes du procureur impérial. Le plus souvent ces magistrats auront concouru à la condamnation, et auront tous les éléments pour apprécier la portée de la demande en autorisation ; si elle a été prononcée ailleurs, ils ne rendront leur ordonnance qu'après avoir pris communication de la procédure correctionnelle, et pris l'avis des magistrats du tribunal qui a prononcé la condamnation.

Cette première décision ne préjugera pas la demande, lorsqu'il y aura autorisation, mais le refus évitera dans bien des cas un scandale inutile.

Le même principe qui nous a fait considérer comme une injure grave l'inconduite de la femme qui a conçu avant le mariage, et trompé celui auquel elle s'unit, doit faire admettre comme une cause de séparation, la condamnation de l'un des époux avant le mariage, lorsque son conjoint l'a ignorée. En vain on dirait qu'il n'y a pas d'offense directe faite à l'époux; la dissimulation ne constitue-t-elle pas en semblable contrat un dol si bien caractérisé, que certains jurisconsultes ont admis dans ce cas, que le mariage était annulable pour cause d'erreur. L'erreur doit servir de cause à une séparation de corps, soit qu'on adopte en jurisprudence la validité ou l'annulabilité du mariage ; dans le premier cas, parce qu'on ne saurait lier un des conjoints à la chaîne à peine brisée du forçat libéré, lorsqu'il a été indignement trompé; dans le second, parce que le conjoint, victime de la dissimulation, peut ne pas vouloir briser le lien que sa religion déclare éternel, mais trouve un remède suffisant dans l'éloignement.

La sagesse des magistrats sera encore, quant aux circonstances de la condamnation et à celles du dol, la garantie suprême qu'il faudra invoquer.

Article 9. Les tribunaux pourront prononcer la séparation de corps lorsque l'un des époux aura été condamné à une peine infamante ou correctionnelle par un arrêt ou un jugement définitif, et qu'il n'aura pas été réhabilité.

Ils pourront l'admettre aussi lorsque la condamnation sera antérieure au mariage, et que l'époux demandeur prouvera qu'il l'a ignorée.

Des torts réciproques des époux.

Une question qui a donné lieu à des dissidences entre les jurisconsultes, est celle de savoir : si la réciprocité des torts de même nature ou de nature différente, ne fait pas obstacle à la séparation de corps.

Une seule hypothèse est à l'abri de toute controverse ; c'est celle où les deux époux ayant été condamnés à une peine infamante, l'un d'eux aurait l'audace de formuler une demande de séparation contre l'autre pour la condamnation qui l'a frappé. Deux êtres flétris par la justice ne sauraient être admis à réclamer contre la vie commune pour des susceptibilités d'honneur. Tant que les offenses personnelles n'ont pas rendu intolérable la cohabitation, tant que des sévices ou des attentats n'ont pas mis en péril la vie des époux, ils ne sauraient se quereller pour une flétrissure que l'un et l'autre peuvent invoquer.

Cette doctrine ne souffrira aucune atteinte du système que nous avons proposé en ce qui touche les condamnations pénales. Les tribunaux apprécieront si l'époux demandeur qui n'aurait encouru qu'une peine correctionnelle pourrait invoquer la condamnation de son conjoint à une peine infamante ; tel qui aura été condamné à cinq ans d'emprisonnement pour vol sera éconduit s'il veut se prévaloir contre son conjoint d'une condamnation à la réclusion pour semblable motif. Les magistrats apprécieront, en un mot, si les époux ne sont pas tous deux marqués d'infamie ; dans ce cas, ils les renverront vivre ensemble pour ne pas donner une prime au déshonneur de l'un au préjudice de l'autre et de l'intérêt général.

Mais lorsque les deux époux ont commis le crime d'adultère ou qu'ils se sont réciproquement portés l'un envers l'autre à des sévices ou des outrages, la solution est différente, suivant nous.

Plusieurs jurisconsultes ont pensé que les torts de l'époux demandeur élèvent contre sa demande une fin de non-recevoir absolue.

D'après un autre système, la réciprocité des torts doit être sans influence sur le sort de la demande, parce qu'entre ces torts il n'y a point de compensation possible ; ils doivent être appréciés séparément.

Un troisième laisse aux tribunaux la faculté de prononcer

la séparation contre les deux époux; ils peuvent prendre en considération les torts de chacun, pour condamner celui contre lequel sont prouvés les griefs les plus sérieux, ou bien s'ils sont aussi coupables l'un que l'autre, leur faire subir à tous deux les conséquences judiciaires de la séparation.

Ce système est le seul que la loi puisse adopter, et il est sanctionné par de nombreux arrêts. En vain on dirait en sens contraire que l'article 336 du Code pénal repousse la plainte réciproque d'adultère comme la loi romaine. Mais on ne peut conclure du droit criminel à une forclusion, quant à l'action civile; comment nier que, lorsque deux époux se portent l'un contre l'autre à des sévices qui font éclater le mépris qu'ils ont l'un pour l'autre, mettent leur vie en péril et constituent un scandale que la société ne peut tolérer, le remède de la séparation ne soit nécessaire? Au lieu d'un époux qu'il faut protéger, il y en a deux. Qu'importe leur indignité? Laisserait-on s'entre-tuer deux individus qui en viendraient aux mains sur la place publique, parce qu'ils seraient également acharnés? N'y eût-il d'ailleurs que cette considération, que par sa faiblesse la femme est plus exposée, qu'elle devrait déterminer à prononcer la séparation. Or pourquoi n'en serait-il pas de même pour l'adultère? ne constitue-t-il pas un attentat de chacun des époux envers l'autre? Lorsqu'ils viennent étaler leurs turpitudes au grand jour, peut-on espérer que dans leur intérieur ils se feront réciproquement des concessions pour rétablir la paix? Cette accusation réciproque ne décèle-t-elle pas cette haine que Bodin met en avant dans sa *République* pour défendre le divorce. « Et si la cause ne semble suffisante au juge ou qu'elle « ne soit bien vérifiée, il faut que les parties vivent ensemble, « ayant à toute heure l'une et l'autre l'objet de son mal devant « les yeux : cela fait que se voyant réduit en extrême servitude, « crainte et discors perpétuel, les adultères, et bien souvent « les meurtres et empoisonnements s'en ensuivent. » La séparation de fait est insuffisante en présence de cette haine irréconciliable, parce qu'elle laisse en question tous les intérêts et tous les droits, et expose les époux à des discussions sans fin. Il faut repousser le divorce et la séparation par consentement mutuel, mais à la condition que la séparation judiciaire pourra être demandée lorsque les deux époux découvrent des plaies qui rendent intolérable l'existence en commun.

Veut-on rendre moins fréquentes les séparations dans le cas où les deux époux ont commis un adultère, il suffit de supprimer l'article 336 du Code pénal. L'offense réciproque anéantit l'*action privée* au criminel, soit; mais pourquoi ferait-elle disparaître l'action publique? Est-ce que le péril social serait moindre parce que les deux époux ont violé le principe de la fidélité conjugale? Lorsque les deux coupables se verront sous le coup d'une peine correctionnelle, ils garderont le silence et se feront des concessions.

Article 10. Les torts réciproques des époux, qu'ils soient de même nature ou de nature différente, pourront donner lieu à la séparation de corps; si le défendeur a fait une demande réconventionnelle, le tribunal déterminera les conséquences de la condamnation des deux époux.

Faut-il établir d'autres causes de séparation?

Je me suis demandé si l'on ne devrait pas faire du refus de cohabitation de l'un des époux, constaté extra-judiciairement, une cause déterminée de séparation; mais de trop grandes difficultés ont surgi de cet examen. Il semblerait naturel que lorsque la femme déserte le domicile conjugal, le mari pût considérer son abandon comme une injure grave, puisque les tribunaux lui accordent une action pour vaincre son obstination; en effet, si la femme avait des griefs sérieux qui justifient son éloignement, elle les ferait valoir en intentant une demande en séparation de corps; son silence fait supposer qu'elle s'éloigne pour satisfaire une passion criminelle ou pour marquer qu'elle méprise son mari. Cette conclusion serait trop rigoureuse : la femme a pu, brisée par des outrages, n'avoir pas la résignation qui seule l'aurait fixée au domicile conjugal; trop ardente pour dévorer ses larmes en silence, et trop fière pour livrer ses douleurs au public, elle s'est réfugiée dans l'isolement; ne serait-il pas cruel de la punir? elle ne se résoudra à se défendre que si son mari emploie les moyens de rigueur; son refus seul ne peut être considéré comme une injure; les magistrats apprécieront.

Quelques auteurs ont soutenu que l'impuissance était une cause de nullité de mariage. M. Demolombe veut que lorsqu'elle est démontrée par l'état extérieur et apparent, qu'elle soit accidentelle ou naturelle, l'époux trompé puisse s'en prévaloir

pour demander la nullité; par une déduction naturelle de son système, l'auteur aurait pu ajouter qu'il pourrait demander la séparation de corps pour injure grave, lorsqu'il ne voudrait pas faire dissoudre le lien conjugal. — Pour nous, nous croyons que la loi a voulu proscrire les épreuves de toute nature qui se rapportent à l'impuissance. Il importe de maintenir ce principe d'une manière absolue et de n'admettre aucune action pour cette cause, sous peine de renouveler les procès scandaleux des siècles passés, et ces outrages publics aux mœurs dont paraissaient devenir complices tous ceux qui concouraient à l'action de la justice.

La communication du mal vénérien peut constituer, suivant les cas, une injure grave, mais on ne pourrait à ce sujet établir de règle absolue. Les magistrats devront apprécier les circonstances.

Quant aux infirmités physiques ou morales, ce serait blesser tous les sentiments élevés de l'homme, détruire l'essence de l'institution du mariage, introduire enfin l'immoralité dans la loi, que de les déclarer causes de séparation. « J'en dirai « autant de l'absence, c'est-à-dire de la disparition sans nou- « velles lorsqu'il n'est pas prouvé qu'elle constitue un abandon « volontaire de l'un des époux. La loi du 20 septembre 1792 « faisait, il est vrai, de l'absence prolongée pendant cinq ans, « une cause de divorce; mais cette loi n'autorisait-elle pas « aussi le divorce pour cause de démence; n'allons pas cher- « cher là nos exemples! » (Demolombe, *Sép. de corps*, n° 401.)

CHAPITRE II.

QUELLES PERSONNES PEUVENT DEMANDER LA SÉPARATION DE CORPS.

Le droit de demander la séparation de corps est purement personnel aux époux; eux seuls peuvent apprécier la gravité des offenses dont ils ont à se plaindre, quels que soient les effets produits par la séparation, quant aux intérêts matériels, on ne doit pas oublier que son but essentiel est de relâcher le lien du mariage et de sauver les époux de leurs dissensions.

Je n'admettrais qu'une exception à ce principe, dans l'intérêt de l'interdit.

Le tuteur représente dans tous les actes la personne de celui que ses facultés intellectuelles ont délaissé; or, la protection de

la loi ne doit pas s'étendre seulement aux intérêts pécuniaires, mais aussi à tout ce qui constitue l'existence de l'interdit, son repos et son honneur. Si l'imbécillité dont il est atteint au lieu de lui attirer les soins, les prévenances de son conjoint, ne lui vaut que mépris et cruauté ; si malgré les faibles lueurs de son intelligence, toute sensibilité n'est pas éteinte en lui, si comme le chien qu'on repousse, il souffre des brutalités dont il est l'objet, faut-il l'abandonner parce qu'il est incapable de demander justice? Il y a d'ailleurs un sentiment de pudeur qui prescrit de ne pas laisser l'homme frappé d'idiotisme exposé aux mauvais traitements des autres et surtout de ceux qui doivent le protéger. — Il peut arriver aussi que, profitant de la faiblesse d'esprit de son mari, une femme se livre au libertinage. On ne peut tolérer ce scandale au détriment de l'honneur de toute une famille et de l'intérêt des enfants. Le tuteur, ou le subrogé tuteur si la femme est tutrice, demandera la séparation et plus tard pourra désavouer les enfants illégitimes qu'on voudrait introduire dans la famille. Là il ne peut y avoir de réconciliation, c'est un devoir sacré que remplira le tuteur ; et que la femme ne se plaigne pas des rigueurs de la loi lorsque le ministère public la poursuivra comme adultère; sa faute est d'autant plus grande qu'elle trompe un homme sans défense; la vertu est sans doute difficile dans certaines situations, mais la résignation et le courage doivent grandir avec la lutte. La loi n'a pas prescrit pour ce cas l'autorisation du conseil de famille parce qu'elle n'a pas prévu cette hypothèse, mais il résulte de son esprit général que son intervention est nécessaire dans tous les actes essentiels. L'interdit est assimilé au mineur, or tous les actes qui concernent la personne de ce dernier sont précédés de l'autorisation du conseil de famille, telle est l'opposition au mariage. En est-il de plus important que celui qui relâche le lien du mariage, met la femme en état de suspicion, brise les conventions matrimoniales, dissout la famille? prétendrait-on que la loi n'ayant exigé cette formalité que pour les actions immobilières on ne peut l'étendre à l'action en séparation de corps? mais l'action immobilière a été entourée d'une protection plus grande parce qu'elle suppose des intérêts considérables engagés dans le procès, mais jamais on ne saurait les assimiler à ceux qui se débattent dans une instance en séparation de corps.

Article 11. Le tuteur de l'interdit, ou le subrogé tuteur lors-

que le conjoint de l'interdit est investi de la tutelle, pourra, avec l'autorisation du conseil de famille, demander la séparation de corps.

La jurisprudence est divisée sur la nécessité de l'assistance du curateur lorsque le mineur émancipé intente une action en séparation de corps. « Dans le cas même où la femme est mi-« neure, dit M. Massol, elle n'a besoin que de l'autorisation du « président; l'article 878 du Code de procédure n'exige ni l'as-« sistance du curateur, ni l'adhésion du conseil de famille; que « l'on se garde bien de créer des formalités que la loi n'impose « nulle part. » Mais la loi peut-imposer cette assistance et nous la réclamons. Eh! quoi, le mineur émancipé ne peut seul aliéner un capital mobilier, procéder à un partage, consentir une hypothèque sur ses biens, et vous allez livrer à l'imprudence de sa jeunesse l'action dont toute sa vie va dépendre. Sous prétexte de lui laisser une liberté entière, vous abandonnez cette sage protection dont vous avez voulu l'entourer. Voilà une jeune femme de seize ou dix-sept ans sans expérience qui naît à peine à la raison; pour quelques injures ou pour quelques paroles amères, elle abandonne le domicile conjugal et demande au président l'autorisation d'assigner son mari. Le magistrat ne pourra refuser si l'injure est caractérisée; vous aurez écarté un conseil prudent, vous aurez supprimé des formalités qui eussent arrêté la jeune femme dans son premier mouvement et laissé aux époux un temps précieux pour la réconciliation. Qui ne sait combien quelques paroles consolantes peuvent rendre à une jeune femme éplorée, l'espérance, et lui inspirer un pardon qui décidera du bonheur de sa vie? Qui n'a vu de ces jeunes époux que l'échange d'un regard au milieu de leurs larmes a réconciliés? La voix du magistrat ne suffit pas ici; pourquoi ne pas demander l'avis du conseil de famille et ne pas exiger l'assistance du curateur? Ceux qui composent le conseil sont des parents, des amis dévoués; leur sagesse n'est pas à dédaigner. D'ailleurs si au lieu d'un chagrin passager, c'est une cause grave qui engage l'un des époux à solliciter la séparation, le conseil de famille donnera son adhésion et le tribunal y aura égard. Je trouve pour ma part très-convenable qu'une jeune femme, quelque-sérieux que soient les torts de son mari, ne s'éloigne pas du domicile conjugal, sans s'appuyer au bras d'un homme expérimenté, soucieux de sa considération et de son

repos. Je trouve convenable qu'elle ne vienne pas isolée et sans appui chez les hommes d'affaires, au milieu des enquêtes ou dans le prétoire; le public est porté à montrer au doigt une femme qui demande la séparation; entourez-la, protégez-la! que l'assistance d'un protecteur impose silence aux propos et aux soupçons de légèreté. Ce que je demande dans l'intérêt du mineur émancipé il faudrait toujours l'exiger dans celui des femmes.

D'ailleurs la séparation de corps n'entraîne-t-elle pas celle des biens? ne faudra-t-il pas procéder à une liquidation? La séparation de corps ne doit-elle pas aussi entraîner la révocation des avantages nuptiaux? Or les auteurs qui repoussent notre système veulent que la femme mineure soit assistée de son curateur pour demander la séparation de biens et même qu'elle ne procède qu'avec l'autorisation du conseil de famille. M. Massol refuse l'intervention du curateur pendant l'instance en séparation de corps et la réclame au moment de l'exécution du jugement; cependant outre qu'il importe de protéger la femme au point de vue de la situation anormale que va lui faire la séparation de corps, il faut remarquer que dans certains cas il importera que le curateur veille sur des fraudes que la séparation dissimulera.

Article 12. Le mineur émancipé ne pourra demander la séparation de corps qu'avec l'assistance de son curateur et après avoir pris l'avis du conseil de famille.

Le droit de former la demande de séparation de corps s'éteint par le décès de l'un des époux; la mort a mis un terme à leurs dissensions, la demande est donc anéantie. Mais l'instance commencée peut-elle être continuée par les héritiers de l'époux demandeur ou contre les héritiers de l'époux défendeur? L'opinion qui réunit le plus de suffrages admet la continuation de l'instance.

Cette doctrine me paraît contraire aux principes de la séparation de corps et aux sentiments de convenance et de moralité qui doivent présider aux lois d'un grand peuple. On dit que la demande n'a pas seulement pour but de relâcher le lien conjugal, mais qu'elle se propose en outre de faire prononcer la déchéance des avantages faits à l'époux défendeur; que la répression des outrages dont il s'est rendu coupable ne peut consister qu'en la révocation des donations; que puisque les héritiers d'un donateur peuvent faire révoquer pour ingratitude les libéralités

consenties par leur auteur, ce droit doit être accordé à l'époux offensé. On ajoute que dans l'ancienne jurisprudence les magistrats statuaient sur les intérêts pécuniaires, et que d'ailleurs la question des dépens ne peut être décidée qu'après un examen sérieux des griefs allégués.

On confond la cause avec ses effets; la séparation de corps ne se propose qu'un seul but; son nom l'indique ; elle fait cesser la vie commune ; elle est un remède aux douleurs du foyer domestique quand l'outrage et l'adultère viennent élever une barrière entre les époux. Mais la séparation de biens, mais les présomptions nouvelles sur la paternité, mais toutes les déchéances pécuniaires ne sont que la conséquence inévitable de la situation dans laquelle vont vivre les époux séparés. La vie n'étant plus commune chacun doit reprendre ses revenus ; la femme n'habitant plus avec son mari, sa grossesse ne peut être que le résultat du libertinage; enfin l'ingratitude s'étant manifestée par la violation de tous les engagements, il y a lieu de révoquer des donations faites en vue d'un dévouement et d'une fidélité éternels.

Les héritiers du donateur conserveront tous leurs droits quant à l'action en révocation, mais celle-ci sera limitée aux termes de l'article 977 du Code Napoléon, c'est-à-dire qu'elle ne sera pas accordée contre les héritiers de l'époux donataire. Dans certains cas la séparation, par exemple ayant été demandée pour condamnation à une peine infamante, l'action en révocation pour cause d'ingratitude ne pourra être intentée.

Mais pourquoi discuter ces déchéances pécuniaires, quand le but que propose la loi ne peut plus être atteint ? quand la mort a terminé les haines des époux, voudrait-on les perpétuer ? voudrait-on exciter les enfants à fouiller dans le passé de leur mère pour y découvrir les preuves de son inconduite? Ils viendront eux-mêmes proclamer qu'ils sont le fruit de l'adultère; ils répudieront leurs frères et les marqueront du signe de la bâtardise pour recouvrer les donations faites par leur père; ou bien ils ressusciteront des querelles éteintes ; ils feront voir leur père s'armant d'un poignard pour frapper sa compagne; ils iront chercher dans le bagne la preuve de son déshonneur de peur que le monde ne sache pas qu'ils sont les fils d'un galérien. Au nom de la morale, au nom de la piété filiale et du maintien des biens sacrés de la famille, je proteste contre une loi qui permettrait cette infamie. Si

au lieu de tomber dans l'héritage des enfants, l'action en séparation de corps advenait à des héritiers éloignés, pourrait-on même invoquer l'intérêt pécuniaire ? Et que sont-ils donc les collatéraux pour venir insulter aux cendres d'un mort? Pour quelques poignées d'écus faut-il leur permettre de se prévaloir des ignominies de ceux qui ne sont plus? La vindicte publique n'est-elle pas désarmée par la mort ? Le magistrat ne s'incline-t-il devant la tombe du criminel pour y murmurer un pardon ? Considérez la séparation comme une peine infligée à l'époux à cause des déchéances qui la suivent, cette peine ne pourra plus être appliquée après décès.

Parlerai-je d'une misérable question de dépens, oh ! certes non. Laissons-en la répartition à la sagesse du président du tribunal.

Article 13. La séparation de corps ne sera pas prononcée lorsque l'un des époux décédera pendant l'instance. La procédure sera suspendue immédiatement et les dépens exposés seront répartis par une ordonnance du président du tribunal.

Les tribunaux français doivent-ils être autorisés à juger des procès de séparation de corps entre étrangers ? Il faut distinguer entre le cas où le mari n'a pas été autorisé à établir son domicile en France et celui où il a reçu cette autorisation.

§ 1. En principe la demande en séparation de corps doit être portée au tribunal du domicile du mari ; il suit de là que les tribunaux français sont incompétents ; mais cette incompétence est *ratione personæ*, de telle sorte que si l'on suppose le cas où la demande serait mal à propos engagée, le tribunal pourra statuer ou déclarer d'office son incompétence, si le défendeur ne la décline pas avant d'aborder le fonds. En effet, les étrangers doivent pouvoir réclamer le bénéfice de la séparation de corps comme une conséquence de la faculté qu'ils ont de se marier en France, dans le cas bien entendu où leur loi personnelle a admis cette institution. Si nous laissons aux tribunaux la faculté de se déclarer incompétents, c'est à cause des embarras d'exécution qui suivraient leur décision.

D'après M. Massol l'incompétence des tribunaux français est d'ordre public et peut être présentée en tout état de cause, parce que la séparation de corps modifie l'état des personnes, apporte des changements aux conventions matrimoniales et diminue l'autorité que le mari avait sur la personne et les biens de sa

femme; mais ce qui fait difficulté pour ce jurisconsulte c'est le danger de prononcer la séparation pour des causes non admises par la loi étrangère. Or, nous nous plaçons ici dans l'hypothèse contraire. La séparation ne pourra être prononcée aussi que pour les causes déterminées par la loi française; on ne peut porter atteinte aux lois de l'Empire, la loi sur la séparation étant d'ordre public. Telle serait notre opinion; nous comprenons toutefois qu'en présence de la jurisprudence qui admet le divorce pour les étrangers, nous aurions mauvaise grâce à repousser le statut personnel étranger qui admettrait, comme le Code des Deux-Siciles et celui de Hollande, la séparation de corps par consentement mutuel.

§ 2. Lorsque les époux étrangers ont été autorisés à établir leur domicile en France ils y jouissent de tous les droits civils, on ne pourrait donc leur refuser la séparation de corps qui est une institution éminemment protectrice. L'autorisation d'établir leur domicile en France, serait illusoire, si on les forçait à fuir leur nouveau domicile, à traverser les mers, pour recourir à leurs juridictions nationales. Comment les étrangers consentiraient-ils à solliciter le titre et les prérogatives de citoyen français, si pendant le temps d'épreuves qui leur est imposé on les repoussait sous prétexte que la loi des traités n'admet pas la réciprocité à l'égard de nos sujets. L'honneur national est intéressé à ce que toute loi protectrice soit applicable aux étrangers, afin que rien de ce qui touche à leurs intérêts de famille et de fortune ne soit livré à l'arbitraire. Si dans la pensée de protéger l'État on n'a admis les étrangers à la participation de tous nos droits civils qu'avec une certaine réserve, s'il faut s'enquérir des antécédents de celui qui sollicite cette faveur. Lorsqu'il en est déclaré digne il faut exécuter intégralement la concession. « Un patriotisme mesquin n'est pas une vertu, mais un vice [1] ! » Plus nous avançons dans la voie de la civilisation et plus nous devons nous appliquer à briser les barrières qui nous séparent des autres peuples. Le temple de la justice doit être ouvert à tous, si nous voulons réaliser un jour le rêve d'une fraternité universelle.

Article 14. Lorsque les étrangers non autorisés à résider en France demanderont la séparation de corps, les tribunaux

[1] Silvio Pellico, *Des devoirs des hommes.*

pourront ou statuer, si la loi du domicile admet cette institution, ou se déclarer incompétents dans le cas même où le défendeur n'élèverait pas le déclinatoire. Ils prononceront sur le fond de la demande si les étrangers ont été autorisés à établir leur domicile en France.

Article 15. Dans tous les cas, ils ne pourront séparer les époux que pour les causes déterminées par leur statut personnel, comme par la loi française.

CHAPITRE III.

DE LA PROCÉDURE EN SÉPARATION DE CORPS.

SECTION Ire.

De la demande.

Y aurait-il lieu dans certains cas de transformer les tribunaux en juridiction de famille, c'est-à-dire à supprimer la publicité des débats et autoriser les magistrats à pénétrer sur la demande des époux dans la maison conjugale, pour y entendre tous les secrets, toutes les douleurs, toutes les souffrances qui s'y débattent et prononcer ensuite. Ce serait sacrifier le principe de la publicité des jugements à des intérêts privés ; supprimer la flétrissure qui en résulte, encourager l'adultère en exonérant la femme de la honte publique; voilà de graves inconvénients. D'autre part, la publicité des débats scandaleux retombe sur les enfants et nuit à leur avenir, elle envenime les haines des époux et retarde l'heure de la conciliation, si elle ne la fait fuir à jamais.

Au milieu de ce conflit, le devoir du législateur est de sacrifier les intérêts privés au triomphe des lois qui sont la sauvegarde de la liberté des citoyens et à celui de la morale qu'il doit avant tout se proposer. *Et quel inconvénient y a-t-il à ce que les accusations en adultère soient publiques?* disait Portalis, lorsqu'il combattait le divorce pour incompatibilité d'humeur qui n'aurait servi qu'à masquer l'adultère. Dans l'état de nos mœurs il importe essentiellement de ne pas supprimer le ridicule dont on cherche plus à se sauver que du vice même.

Il est rare d'ailleurs que l'opinion publique ne connaisse pas avant le mari lui-même les désordres de son épouse, et alors si

le tribunal était saisi par lui d'une action secrète en séparation, pour ne pas assister aux débats, le public n'en saurait pas moins l'action dirigée contre la femme; le scandale serait le même, moins la répression. Mais en outre on aurait un danger, celui de faire planer des soupçons d'infidélité sur la femme, tandis que le mari élèverait contre elle des griefs d'une autre nature et obtiendrait la séparation pour des causes moins graves que celles supposées par le public. Ainsi lorsque le mari se plaindrait de certaines familiarités qui, sans constituer l'adultère, révèleraient néanmoins le mépris de la femme pour ses devoirs et seraient injurieuses pour lui, si le jugement n'énonçait pas les motifs de la séparation, le public ne manquerait pas d'accuser la femme d'adultère. D'autre part, si l'on restreignait la procédure secrète à ce délit, le scandale serait le même et le mal aussi grand pour les enfants.

La demande en séparation de corps, doit être comme par le passé, de la compétence des tribunaux civils.

Y a-t-il lieu d'adopter l'opinion de Pigeau, repoussée jusqu'à ce jour par la doctrine et la jurisprudence, sur la faculté qu'aurait le mari de se porter partie civile dans une procédure criminelle poursuivie contre son conjoint, et de demander la séparation devant la juridiction exceptionnelle. Outre que l'instance en séparation est soumise à diverses formalités en vue d'une réconciliation, il ne serait pas convenable de permettre au conjoint offensé d'intervenir dans les débats criminels, et d'y solliciter un verdict de condamnation pour obtenir la séparation de corps. Le projet de 1816 levait tous les doutes. « La « séparation de corps est essentiellement civile; en consé- « quence, quelle que soit la nature des faits qui donneront lieu « à la demande, elle ne pourra être formée qu'au tribunal civil « de l'arrondissement où les époux ont leur domicile. »

Cet article que je propose d'adopter devrait être modifié cependant, en ce qu'il ne précise pas si le tribunal compétent est celui du domicile qu'avait le mari au moment où la femme a présenté sa requête au président, ou bien celui de son domicile, lorsque l'ajournement a été donné. Des difficultés ont été élevées sur ce point, il faut les terminer. M. Massol décide implicitement la question dans le dernier sens, en soutenant que la péremption d'instance n'atteindrait que les actes de procédure postérieurs à l'essai de conciliation, parce que ces for-

malités préparatoires, loin de faire partie de la procédure, ont pour but d'empêcher le procès, et qu'il est admis généralement que le préliminaire de conciliation en matière ordinaire, ne souffre pas de la péremption d'instance. Je crois que l'opinion contraire devrait être consacrée par une loi nouvelle, parce que l'instance en séparation de corps sera liée avant l'ajournement par la requête et les ordonnances émanées du président, surtout si l'on adopte les dispositions du projet de loi de 1816 qui défendent d'énoncer dans la demande des griefs qui n'auraient pas été articulés dans la requête, à moins qu'ils ne soient survenus depuis. L'ajournement ne pouvant avoir lieu qu'après autorisation, est inséparable de celle-ci, et pour ma part je considérerais la tentative de conciliation, comme une partie de la procédure trop importante pour ne pas l'atteindre par la péremption : il importe d'ailleurs de ne pas soumettre le droit de la femme à des retards qui peuvent lui être très-préjudiciables, et d'appliquer, comme le veut M. Demolombe, la maxime du Droit Romain : « Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet. (L. 20, D., *De judiciis.*) »

Article 16. L'action en séparation de corps est essentiellement civile. En conséquence, quelle que soit la nature des faits articulés, elle ne pourra être formée qu'au tribunal civil de l'arrondissement où les époux ont leur domicile au moment où le demandeur les formule dans une requête à fin d'autorisation de plaider.

Un des grands principes de notre législation, c'est que l'intérêt privé lésé par un crime doit s'effacer provisoirement devant l'intérêt de la société. D'après l'article 3 du Code d'instruction criminelle, l'exercice de l'action civile est suspendu jusqu'à ce qu'il ait été définitivement prononcé sur l'action publique. Celle-ci ne peut souffrir de retard ; la répression pour être exemplaire doit suivre immédiatement le crime ; pour qu'elle soit certaine, il est indispensable de réunir sur-le-champ toutes les preuves que le temps pourrait atténuer ou effacer. La lumière jaillit d'ailleurs plus sûrement de ces débats solennels où les droits de la société, comme ceux de l'accusé, sont entourés des formes protectrices que l'expérience a fait prévaloir. Les témoins y sont entourés d'une crainte salutaire, parce que l'homme est plus frappé des maux qui menacent la liberté ou la vie de son semblable, de l'infamie qui suivra sa condam-

nation, que des réparations pécuniaires que prononcent les tribunaux civils.

L'article 235 du Code Napoléon, que s'est approprié le projet de loi de 1816, porte « qu'il ne sera permis d'inférer de l'arrêt criminel aucune fin de non-recevoir contre l'époux demandeur. » Les opinions diverses en ont déduit des conséquences différentes.

Suivant M. Demolombe, cet article a prévu seulement le cas où l'époux accusé serait acquitté. M. Massol, pour établir que la sentence criminelle ne lie les tribunaux civils en aucun cas, soutient que l'art. 235 ne prévoit que le cas d'acquittement de l'époux, parce que la condamnation à une peine infamante suffisait pour donner lieu au divorce et à la séparation de corps. La discussion du Code, assez embarrassée sur ce point, permet d'adopter cette dernière interprétation; un conseiller d'État proposa même de retrancher l'article 235. « S'il est jugé, disait-il, que l'attentat n'existe pas, il ne peut devenir une cause « de divorce; s'il est jugé qu'il existe, il survient une condamnation ou à la peine de mort ou à une autre peine du nombre « de celles que la loi met au rang des causes du divorce; l'attentat ne peut donc être, sous aucun rapport, cause directe « du divorce. » M. Portalis réclama le maintien de l'article, parce que tous les attentats ne sont pas de même nature, et que tel qui ne suffirait pas pour infliger une peine, suffit pour donner lieu au divorce.

M. Portalis termina toutefois par ces paroles fort graves : « Mais le jugement criminel sera-t-il préjudiciel? Le juge civil en pèsera l'effet suivant les circonstances; autrefois on civilisait aussi les informations. »

Je ne pense pas que les rédacteurs du projet de 1816, en adoptant l'article 235 du Code, aient voulu porter atteinte au principe de la chose jugée. Ils ne paraissent pas s'être préoccupés de la contradiction qui existe entre les termes de l'article, *dont la généralité est absolue*, et la discussion au conseil d'État. L'exposé des motifs de ce projet prouve, en effet, qu'ils admettaient en principe l'autorité de la sentence criminelle, mais qu'ils croyaient nécessaire d'établir deux exceptions à ce principe, 1° *pour le cas où il y aurait absolution devant les juridictions criminelles;* 2° *pour toutes les sentences correctionnelles.*

« Maintenant, messieurs, si nous passons au titre II du pro-
« jet, nous voyons que c'est aussi avec justice qu'on a présenté
« l'action en séparation de corps comme une action essentielle-
« ment civile, et que, en conséquence, en l'attribuant au tribu-
« nal civil de l'arrondissement dans lequel les époux seraient
« domiciliés, on n'a pas voulu que si, dans le cours de son exer-
« cice, il se trouvait à y avoir lieu à quelque poursuite crimi-
« nelle de la part du ministère public contre l'époux défendeur,
« on pût tirer du jugement qui interviendrait sur cette pour-
« suite une fin de non-recevoir ou exception préjudicielle con-
« tre l'époux demandeur, mais que seulement sa demande fût
« suspendue jusqu'à ce que le jugement définitif fût rendu, sauf
« à être reprise après ce jugement même.

« Cette disposition, Messieurs, était dans le Code, et ce qu'il
« faut remarquer, c'est que le Code l'avait appliquée au divorce,
« à plus forte raison devait-elle l'être aussi à la séparation,
« qui, par sa nature, est bien moins grave et bien moins diffi-
« cile que le divorce. Elle est d'ailleurs en elle-même extrême-
« ment sage; car si on ne l'avait pas introduite dans le projet
« de loi, il serait arrivé que l'époux accusé et absous aurait pu
« facilement abuser de son jugement pour l'opposer à l'époux
« demandeur comme une fin de non-recevoir contre son action;
« et cependant ce n'eût pas été raisonnable, d'abord parce
« qu'il eût été possible que l'absolution prononcée par le juge-
« ment eût été au fond une erreur des juges, et qu'ainsi ç'eût
« été à tort que l'époux accusé eût cherché à s'en servir comme
« d'un bouclier pour écarter l'action dont il serait devenu l'objet,
« et ensuite parce qu'on ne peut pas se dissimuler qu'une
« simple séparation n'exige pas, pour être prononcée par le
« tribunal civil, le même nombre de preuves ou la même gra-
« vité dans ces preuves qui sont nécessaires dans les tribunaux
« criminels pour motiver une condamnation. On a donc été
« fondé à dire *que dans ce cas le jugement d'absolution ne pour-*
« *rait pas servir à l'époux demandeur de fin de non-recevoir*
« *contre l'époux demandeur, ni l'empêcher d'obtenir sa séparation, si les moyens qu'il propose sont d'ailleurs jugés légitimes.*
« Mais aussi on doit trouver juste que, comme le veut l'ar-
« ticle 6 du projet de loi, les condamnations qui pourraient être
« rendues en matière correctionnelle, quoique portant sur les
« mêmes faits que ceux sur lesquels porterait la demande en

« séparation de corps, ne nuisent pas à l'époux défendeur et ne « deviennent pas un motif pour prononcer *la séparation sur « ces condamnations seulement.* Personne n'ignore, en effet, que « les matières correctionnelles sont, par leur nature, des ma- « tières bien plus légères que celles qui se portent devant les « tribunaux criminels. Il y a une multitude de petits délits qui « ont paru à la loi dignes d'une peine que les tribunaux sont « forcés d'appliquer, par cela seul que la loi se trouve l'avoir « prescrite, et qui cependant ne sont pas assez importants pour « justifier une demande en séparation. Le mérite des condam- « nations prononcées par les juges correctionnels ne peut « d'ailleurs être apprécié par les juges civils; ce n'est pas dans « les deux tribunaux le même genre d'instruction. Devant le « tribunal civil, les faits qui sont contredits entre les parties se « prouvent par des enquêtes qui restent pour la mémoire et « pour la conscience même du juge. En matière criminelle, « au contraire, on entend bien aussi les témoins, mais leurs « témoignages ne sont pas fixés par écrit; on les recueille seu- « lement par des notes toujours imparfaites, comme le sont « nécessairement des notes, et qui ne pourraient jamais sup- « pléer la déposition personnelle du témoin, qu'aurait entendu « le juge lui-même. Sous tous les rapports, le projet de loi a « donc eu raison de ne pas permettre à l'époux demandeur « d'abuser d'une condamnation en matière correctionnelle « contre l'époux défendeur et de ne pas s'en faire un titre pour « justifier sa demande en séparation. »

La pensée des rédacteurs ressort suffisamment de l'opposition qu'ils mettent entre l'effet de la condamnation au criminel et celui de la condamnation au correctionnel. En refusant exceptionnellement à celle-ci l'autorité de la chose jugée, ils la reconnaissent implicitement aux condamnations criminelles.

Après avoir analysé les précédents législatifs sur cette importante question, adopterons-nous les dispositions du projet de loi ou, comme le veut M. Massol, laisserons-nous dans tous les cas aux tribunaux civils le droit de détruire les sentences criminelles et correctionnelles, eu égard à la séparation de corps? — Il est dangereux d'affaiblir le respect dû aux sentences criminelles. On a élevé assez de griefs contre les décisions du jury pour qu'on ne lui porte pas de nouveaux coups en les remettant en question devant une autre juridiction. Lorsque la

Cour d'assises a décidé par un arrêt non attaqué pour cause de nullité, que l'accusé a commis un attentat contre son conjoint, nulle juridiction ne peut le détruire; admettre le contraire serait bouleverser tous les principes de sécurité sociale et de liberté. — On ne peut redouter les erreurs au préjudice de l'accusé, puisque son absolution lui est toujours définitivement acquise, tandis que les magistrats de la Cour peuvent arrêter sa condamnation et suspendre l'arrêt qui leur paraîtrait sanctionner une erreur. N'est-ce pas la plus grande garantie qu'un peuple puisse désirer dans ses lois? Après ce privilége octroyé par la société de ne remettre en question que l'arrêt qui porte préjudice à l'accusé, ne serait-il pas déraisonnable d'en demander de nouveaux? La prérogative accordée aux magistrats n'est-elle pas une sauvegarde suffisante? Et si les tribunaux civils pouvaient déclarer que l'attentat n'existe pas, quels cris de colère le condamné n'aurait-il pas le droit de faire entendre? Quelle indignation de semblables contradictions ne soulèveraient-elles pas? Ce serait autoriser le mépris et la rebellion contre toutes les lois.

Sur ce point, nous adoptons la décision du projet de loi; il en est de même pour le cas d'acquittement; la question peut être présentée aux juges civils, parce que les faits n'étant pas assez graves pour entraîner une peine criminelle, peuvent motiver une séparation.

Mais le même principe me paraît devoir être appliqué aux faits qui auraient donné lieu à une poursuite correctionnelle, parce que les motifs sont identiques. Je ne saurais adopter les considérations du rapporteur du projet de loi de 1816 sur ce point. Il n'est pas vrai, à mon avis, que le mérite des condamnations prononcées par les juges civils du tribunal correctionnel ne puisse être apprécié par les juges civils, puisqu'il arrivera presque toujours dans la pratique que le procès en séparation de corps sera jugé par les magistrats qui ont prononcé au correctionnel. Il ne me semble pas vrai encore que les enquêtes reçues par un juge-commissaire, en matière civile, offrent plus de garantie que celles auxquelles le tribunal correctionnel procède publiquement. Dans le premier cas, un seul magistrat entend le témoin; il peut ne pas rendre dans toute son énergie sa déclaration, ses nuances, ses contradictions dans ses dires, ou avec les dires des autres témoins; mais on ne démontre

pas l'évidence, car chacun sait avec quel soin les magistrats procèdent à l'instruction orale des débats correctionnels. On objecte que les dépositions ne sont pas fixées par écrit; elles ne le sont pas mieux devant la cour d'assises. D'ailleurs les poursuites exercées pour adultère, excès ou sévices entre époux, sont rares. La loi pourrait, en prévision d'une demande en séparation de corps, prescrire dans tous ces cas soit une information préalable par le juge d'instruction, soit la dictée des déclarations à l'audience même. Ajoutons que le condamné devant les tribunaux correctionnels a en outre la garantie d'un recours à une juridiction supérieure.

D'ailleurs une considération dernière doit lever tous les doutes : nous ne prétendons pas que les tribunaux civils prononceront la séparation de corps, par cela seul que l'époux défendeur a été condamné par le tribunal correctionnel; seulement ils devront tenir comme constant le délit caractérisé par cette juridiction, sauf à en tirer telles conséquences qu'ils voudront. Ils pourront rejeter ou accueillir la demande en séparation, suivant que les faits déclarés délictueux leur paraîtront plus ou moins graves, et être ou non une preuve d'insupport entre les époux.

Dans le cas où un acquittement intervient, le tribunal civil n'est pas lié, parce que les faits ont pu ne pas être assez graves pour entraîner une condamnation; la femme poursuivie et acquittée sur le fait d'adultère pourra succomber dans l'instance en séparation de corps, si les familiarités qu'incriminait le mari constituent une injure grave pour lui.

La suspension de la loi civile, toutes les fois que le ministère public intervient, est une garantie pour toutes les parties intéressées.

Article 17. Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à des poursuites criminelles ou correctionnelles, de la part du ministère public, l'action en séparation de corps restera suspendue jusqu'après le jugement définitif; alors elle pourra être reprise. Les déclarations des témoins entendus à l'audience correctionnelle seront dictées séance tenante par le président.

Article 18. S'il y a condamnation, l'existence du fait reconnu constant ne pourra être remise en question devant le tribunal civil qui appréciera s'il doit entraîner la séparation des époux.

S'il y a acquittement, il ne sera permis d'inférer du jugement ou de l'arrêt aucune fin de non-recevoir contre l'époux demandeur, les faits qui n'ont pas motivé une condamnation pouvant être suffisants pour faire prononcer la séparation de corps.

Le premier acte de la procédure est une requête que le demandeur présente au président du tribunal. Devra-t-elle énoncer tous les faits, de telle sorte que l'omission de certains griefs le rende non recevable à les articuler dans l'ajournement?

Je ne discuterai pas la loi actuelle à cause des opinions diverses qui ont été émises. Mais pour l'avenir on pourrait adopter l'article 7 du projet de loi de 1816, qui ne permettait au demandeur que de se prévaloir des faits consignés dans la requête, à moins qu'ils ne fussent postérieurs? Cette disposition est justifiée par le désir de n'admettre à l'instance en séparation que les époux dont les griefs sont bien déterminés, afin que le préliminaire de conciliation ne soit pas illusoire; il faut en outre que les magistrats puissent apprécier la gravité des faits articulés, soit pour accorder l'autorisation d'assigner, soit pour déterminer les mesures provisoires qui sont nécessaires.

L'instance en séparation de corps est d'ailleurs un état provisoire, préjudiciable aux époux, aux enfants et aux tiers; il faut l'abréger, car tous les droits sont en souffrance. Le moyen le plus sûr est de ne pas permettre aux époux de s'engager témérairement dans un procès sans avoir la preuve des causes de la séparation; l'espérance de découvrir certains griefs sur lesquels ils n'auraient que de vagues présomptions les exposerait à des démarches inconvenantes, à des investigations injurieuses et à des lenteurs. Leur droit est garanti par la faculté qui leur est donnée de se prévaloir des faits qui seraient survenus depuis la requête, soit en première instance, soit en appel; telles seraient les injures à l'audience, les diffamations écrites dans des mémoires ou dans les pièces du procès. — D'après M. Massol, s'il n'était pas permis de proposer devant la Cour *des faits nouveaux* antérieurs à la requête, il s'ensuivrait qu'on ne pourrait demander à établir des faits qui annoncent une réconciliation. Ce jurisconsulte fait confusion; il y a là deux ordres d'idées bien distincts; il importe à l'ordre public que le moyen tiré de la réconciliation soit toujours accueilli parce qu'il resserre le lien qui était près de se détendre. D'ailleurs l'époux demandeur joue le rôle d'accusateur;

le défendeur doit avoir le privilége de tout accusé et pouvoir opposer en tout état de cause le pardon qui lui a été conféré.

Les faits survenus depuis la requête pourront être discutés devant le tribunal; mais les outrages que les époux pourraient commettre pendant leur comparution devant le président du tribunal ne doivent pas être relevés. Sans doute ce magistrat pourrait les consigner dans leur procès-verbal, mais il deviendrait juge et témoin dans la même cause. Il ne convient pas de le faire descendre de son siége pour affirmer les injures proférées dans le secret de la comparution. D'ailleurs, s'il en était ainsi, les époux mépriseraient cette mesure préventive et craindraient de se compromettre par quelques paroles échappées à leurs explications. Le magistrat remplit les fonctions d'un père de famille qui concilie ses enfants. Sa mission ne doit pas être dénaturée par la dénonciation qu'il ferait des plaintes et des récriminations des époux.

Article 19. Toute demande en séparation de corps détaillera les faits sans qu'il puisse en être allégué d'autres dans l'ajournement, à moins qu'ils ne soient survenus depuis. La demande sera remise avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du tribunal ou au juge qui en remplira les fonctions, par l'époux demandeur en personne.

Le rapporteur de 1816, après avoir énuméré les inconvénients de la séparation de corps, ajoutait : « Le législateur n'en doit être que plus jaloux d'apporter à la séparation les mêmes obstacles qu'on apportait auparavant au divorce; s'il ne peut pas empêcher qu'il n'en existe, il doit au moins chercher à en diminuer le nombre; il doit travailler à rendre la séparation en quelque sorte inaccessible; il faut qu'on ne puisse s'y déterminer qu'après avoir épuisé toutes les voies de douceur, et lorsque la patience est arrivée enfin à son dernier terme. Il faut donc que les formes en soient lentes, qu'elles soient difficiles, successives, multipliées, et que la triste obligation d'y recourir fasse pour ainsi dire reculer même devant elles. » Le projet contient quelques articles dont l'ensemble ne diffère guères du Code de procédure que par la faculté accordée au tribunal de suspendre l'autorisation d'assigner pendant un délai de trois mois. Toutefois, les articles du projet de loi relatifs à l'instruction préparatoire devraient subir quelques modifications. L'article 8 veut que, dans le cas où le demandeur ne peut

remettre lui-même sa demande au président, ce magistrat se transporte sur les lieux ; il me paraît plus simple de l'autoriser à déléguer le juge de paix. Ce magistrat doit connaître les dissensions des époux ; mieux que le président il pourra peut-être, par la connaissance qu'il a de leur caractère, dissuader le demandeur de persister dans sa résolution. On pourrait aussi autoriser le demandeur à faire la remise des pièces par l'intermédiaire d'un mandataire spécial qui signerait le procès-verbal. — La loi doit constater aussi que le président peut faire comparaître plusieurs fois devant lui l'un ou l'autre des époux ou tous les deux ensemble s'il croit plusieurs tentatives de conciliation nécessaires.

Article 20. Le président, après avoir entendu le demandeur à une ou plusieurs reprises suivant qu'il le jugera utile, et lui avoir fait ses observations, parafera la demande et les pièces et dressera procès-verbal de la remise du tout entre ses mains. Le procès-verbal sera signé par ce magistrat et par le demandeur à moins que celui-ci ne le puisse, auquel cas il en sera fait mention.

Article 21. Dans le cas où le demandeur serait dans l'impossibilité de se présenter, le président pourra se transformer à son domicile ou déléguer le juge de paix du canton pour recevoir la demande, si mieux il n'aime recevoir la demande des mains d'un mandataire, muni d'une procuration spéciale, lequel signera le procès-verbal.

Article 22. Le président ordonnera au bas de son procès-verbal que les parties comparaîtront en personne devant lui au jour et à l'heure qu'il indiquera et qu'à cet effet copie de son ordonnance sera par lui adressée à la partie contre laquelle la séparation de corps est demandée (art. 10 du Projet de 1816).

Article 23. Au jour indiqué, le président fera aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur s'il est seul comparant, les observations qu'il croira propres à opérer un rapprochement ; s'il ne peut y parvenir dans cette comparution *ou dans toute autre qu'il croirait devoir ordonner* il en dressera procès-verbal et ordonnera la communication de la demande et des pièces au procureur impérial et le référé du tout au tribunal. (art. 11 du Projet.)

Pour que le préliminaire de conciliation, si utile dans une instance en séparation de corps, ne soit pas illusoirement de-

crété, il importe de prononcer une pénalité contre le défendeur non comparant.

Article 24. Le défendeur non comparant aux différentes assignations du président sera condamné à cinquante francs d'amende, s'il ne justifie d'un empêchement légitime.

Quelques jurisconsultes ont pensé que les articles 259 et 260 du Code Napoléon relatifs à l'année d'épreuve que les magistrats pouvaient imposer aux parties avant de prononcer le divorce étaient applicables à la séparation de corps. (V. M. Massol, p. 132; Favart, t. V, p. 113.) Ils s'appuient sur l'ancienne jurisprudence et sur la similitude établie par les rédacteurs du Code Napoléon, entre les deux institutions parallèles du divorce et de la séparation de corps. C'est avec raison que la jurisprudence a rejeté cette doctrine ; mais la loi nouvelle doit combler une lacune regrettable. Il faut laisser aux deux époux le temps de la réflexion, surtout lorsque leurs motifs d'irritation sont peu graves ; une trêve de quelques mois et une habitation séparée peuvent être efficaces, l'isolement porte conseil ; quant au lieu de l'intimité et des soins dont il est entouré à son retour des affaires, l'homme trouvera l'âtre désert, et son appartement assombri et silencieux par l'absence de la femme qui l'égayait, l'ennui étreindra douloureusement son cœur, l'avenir apparaîtra avec de tristes horizons; le pardon sera déjà dans son âme, et pour le faire tomber de ses lèvres, ils suffira au magistrat de vaincre un sentiment d'amour-propre. Peut-être la jeune femme qui s'éloigne porte un enfant dans son sein ; il faut suspendre l'autorisation de plaider jusqu'à ce qu'il ait vu le jour, car il sera un sujet de réconciliation. Le délai de trois mois paraît suffisant, car il ne faut pas laisser aux douleurs le temps de s'effacer et aux époux celui de s'habituer à l'éloignement.

Article 25. Dans les trois jours qui suivront, le tribunal sur le rapport du président ou du juge qui en aura fait les fonctions et sur les conclusions du procureur impérial, *en chambre du conseil*, accordera ou suspendra la permission d'assigner. La suspension ne pourra excéder le délai de trois mois (art. 13 du Projet de 1816). Le tribunal autorisera la femme demanderesse à procéder sur sa demande.

J'ai exposé dans le chapitre précédent un système différent de celui du Code Napoléon, en ce qui concerne les condamnations pénales qui peuvent donner lieu à la séparation de corps; la

simple expédition du jugement ne suffisant plus pour la prononcer il faut compléter ce système par les articles suivants.

Article 26. Lorsque la séparation de corps sera demandée pour la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, toutes les formalités établies par les articles précédents seront observées. Le rapporteur prendra communication de la procédure criminelle ; la demande sera discutée afin que le tribunal apprécie si l'immoralité du condamné est telle, que son conjoint ne puisse plus vivre avec lui.

Article 27. Si le demandeur veut se prévaloir d'une condamnation correctionnelle, le tribunal pourra non-seulement suspendre l'autorisation d'assigner, mais la refuser même après avoir pris connaissance de la procédure; sa décision sera sans appel.

SECTION II.

Des mesures provisoires dans l'intérêt des personnes.

Il est certaines mesures urgentes que la loi actuelle, ainsi que le projet de 1816, permet au président d'ordonner, tandis qu'il en est d'autres sur lesquelles le tribunal seul peut statuer. Tout est grave cependant en matière de séparation de corps, et il importe d'alléger la responsabilité du magistrat conciliateur. Simplifier la procédure et saisir le tribunal de toutes les mesures provisoires ne me paraît avoir aucun inconvénient; le plus souvent la décision interviendra dans le jugement d'autorisation ou de sursis d'autorisation, c'est-à-dire dans un délai très-rapproché de l'ordonnance de *soit-communiqué*. Ce sera donc le tribunal siégeant en chambre du conseil, qui autorisera la femme à quitter provisoirement le domicile conjugal.

Le Projet de 1816 n'autorise cette mesure que par l'ordonnance de *soit-communiqué*, c'est-à-dire après de vains essais de conciliation. En général, il est vrai, il importe de n'autoriser cette séparation de fait que lorsque les efforts pour réunir les époux ont été infructueux; mais il arrivera tel cas où l'éloignement sera urgent, parce que le mari est violent et se porte à des excès de nature à compromettre la vie de sa compagne. Il faut que celle-ci puisse s'y soustraire sans fuir la maison commune comme une coupable. Une requête peut être présentée au tribunal en même temps que la demande est remise entre les mains du président.

L'article 268 du Code Napoléon suppose que le mari restera dans la maison commune et que la femme sera autorisée à se retirer ailleurs ; ici encore, il peut se présenter tel cas où il y aurait une suprême injustice à ne mettre la femme à l'abri des outrages ou des sévices de son mari qu'en l'exilant de la maison commune. « Cette femme, dit M. Demolombe, t. 4, « p. 565, demanderesse ou défenderesse en séparation de « corps, fait le commerce, elle le faisait même déjà avant le « mariage, et c'est son mari qui est ainsi venu chez elle ; ou « bien elle ne l'a commencé si vous voulez que depuis le ma- « riage, mais c'est elle qui le gère, elle-même, elle seule, elle « est modiste ou lingère. Voulez-vous enlever cette femme à « son comptoir et laisser là le mari? Cela revient à dire, vou- « lez-vous détruire ce commerce, ruiner la femme et les en- « fants et peut-être aussi le mari lui-même? Je n'hésite pas à « croire que le président a le droit d'ordonner provisoirement « l'expulsion du mari dans ce cas et autres semblables; « comme si encore, par exemple, la femme, victime des bruta- « lités de son mari, était dans un tel état de faiblesse, qu'elle « ne pût pas être transportée ailleurs, etc. » La jurisprudence actuelle reconnaît ce droit.

La nécessité d'ordonner l'expulsion du mari peut en effet se présenter dans bien des cas : un homme en épousant une jeune fille, aura été reçu dans l'habitation de sa belle-mère ; l'entretien d'une concubine dans le domicile conjugal ou les sévices dont il accablera sa femme ou sa belle-mère exigent une séparation immédiate ; faudra-t-il que ces deux femmes abandonnent le château héréditaire ou la maison paternelle, qu'elles fuient devant celui qui les outrage pour se réfugier chez des étrangers en attendant qu'un long procès soit terminé. Dira-t-on que c'est porter atteinte à l'autorité maritale? Qu'importe! Si le mari s'en est rendu indigne et pourvu qu'une semblable mesure ne soit pas prise légèrement. On ne peut avoir de garantie plus sérieuse que l'appréciation du tribunal et du ministère public.

Il faut donner aussi au tribunal le droit d'attribuer provisoirement la garde des enfants sans qu'un procès entrave par ses longueurs l'urgence de cette mesure, ainsi qu'on y est exposé dans la législation actuelle. On frémirait si on voyait les faits dont le ministère public est témoin ; dans les familles pauvres,

ni le père ni la mère ne veulent se charger de leurs enfants pendant l'instance en séparation ; l'irritation fait oublier les sentiments les plus vrais et l'amour maternel reçoit des atteintes qu'il faut prévenir. J'ai vu des mères abandonner leur nourrisson en fuyant le domicile conjugal ; j'ai vu des pères refuser de les donner à leurs femmes qu'ils chassaient. M. de Belleyme constate l'utilité d'une réforme sur ce point. Ce savant magistrat donne le modèle d'une ordonnance de garde provisoire rendue d'urgence et sans attendre le jugement de séparation ; une simple requête doit saisir le tribunal sur ce point.

Le tribunal ne prononcera cette déchéance provisoire contre le mari qu'après s'être exactement renseigné et après l'avoir fait comparaître devant lui. La demande d'éloigner les enfants de l'habitation du père sera faite le plus souvent par leur mère ; il faudrait accorder le même droit au ministère public. L'article 267 du Code donnait aussi *ce droit à la famille*. Ce terme vague et qui a donné lieu à diverses interprétations devrait être supprimé. Si la mère ne veut pas agir directement, dans la crainte d'irriter son mari, ses parents s'adresseront au procureur impérial.

Le pouvoir que nous attribuons au tribunal de statuer sur simple requête, n'offre aucun danger, le ministère public devant être entendu s'empressera de recueillir des renseignements impartiaux, nous supprimons les formalités inutiles d'une demande régulière et nous garantissons les droits de l'autorité paternelle en exigeant une décision du tribunal rendue sur les conclusions du ministère public, au lieu d'investir un seul magistrat du droit arbitraire de prononcer une déchéance. Dans l'intérêt même d'une réconciliation, il vaut mieux ne pas discuter en audience publique la privation d'un droit qu'on ne peut faire prononcer qu'en dévoilant les faits d'immoralité qui donneront lieu à la séparation de corps. Or, comment espérer cette conciliation, si la demanderesse expose au grand jour les turpitudes de son mari? Elle-même n'osera plus retourner en arrière à cause du blâme public jeté sur son conjoint ; il faut tout d'abord cependant ne pas laissez souiller l'innocence des enfants ; la mesure s'accomplira sans bruit, sans scandale et plus tard si les débats du procès atténuent les griefs relevés contre le père, le tribunal pourra modifier ou rétracter une décision qui n'a rien de définitif.

Le projet de loi de 1816 (article 12) a prévu le cas où le

mari devait être protégé contre les violences de sa femme, et où il demanderait qu'elle fût tenue de quitter la maison conjugale et d'aller résider ailleurs pendant le procès. Cette faculté doit être laissée au tribunal, parce que le mari, vieux et infirme, pourrait être à la merci d'une femme méchante; la doctrine et la jurisprudence ont d'ailleurs consacré ce point de droit.

Le projet ne prévoit le payement d'une provision, soit alimentaire, soit *ad litem*, que du mari à la femme. Il serait injuste cependant de ne soumettre que l'un des époux aux obligations mutuelles d'assistance que leur impose la loi. Sans doute, la loi sur l'assistance judiciaire fournira à l'époux demandeur les moyens d'intenter son action; mais si son conjoint a des ressources suffisantes, c'est à celui-ci qu'il les doit demander.

Article 28. Le tribunal siégeant en chambre du conseil et après avoir ouï le procureur impérial, statuera sur les demandes de mesures provisoires, soit dans le jugement sur l'autorisation d'assigner, soit par une décision séparée, et sur simple requête s'il y avait urgence de le faire plus tôt.

Article 29. Pendant le cours de l'instance, l'administration provisoire des enfants restera au mari, à moins que dans leur intérêt il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande de la mère ou du ministère public.

Article 30. Dans le cas où la femme serait demanderesse, le tribunal l'autorisera, s'il y a lieu, à résider séparément, dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office. Il ordonnera que les effets à l'usage journalier de la femme lui seront remis. Il pourra accorder la même autorisation à la femme demanderesse, comme aussi faire droit à la demande qui serait faite à cette fin par l'époux demandeur en séparation.

Article 31. Le tribunal pourra même ordonner que le mari quittera la maison commune, si des motifs graves empêchent la femme d'aller résider ailleurs, et que la cohabitation soit dangereuse pour l'un ou l'autre.

Article 32. Le tribunal, après avoir exigé les justifications nécessaires, accordera à l'un ou à l'autre des époux, s'il y a lieu, une provision pour aliments ou pour faire face aux frais du procès.

Les rédacteurs du projet de 1816 n'avaient pas voulu que l'autorisation d'une résidence séparée facilitât l'inconduite de la

femme, en conséquence ils s'exprimaient ainsi : « mais aussi « il ne faut pas que la femme puisse abuser de la faculté qui « lui est accordée. Cette résidence qu'on lui désigne, il ne faut « pas qu'elle se permette de l'abandonner ; il faut, au contraire « qu'à chaque instant et toutes les fois qu'elle en sera re- « quise, elle puisse y justifier sa présence. Si elle cessait un « seul moment d'être en état de donner cette justification à la « loi et qu'infidèle à son devoir, aux ordres de la justice, à la « décence publique, elle sortît de l'asile que la justice elle-même « lui aurait ménagé pour sa sauvegarde, le mari alors serait le « maître de lui refuser la pension alimentaire dont il serait « tenu envers elle, et même si c'était la femme qui demandât « la séparation, le projet veut que dans ce cas elle soit déclarée « non recevable dans sa demande. Cette dernière disposition, « au premier coup d'œil, peut paraître rigoureuse, mais si l'on « réfléchit qu'en matière de séparation toutes les pensées du « législateur doivent tendre à faciliter la réunion des époux ou « à écarter tout ce qui s'y oppose, on trouvera que c'est avec « raison que la loi prononce contre la femme qui se permet « d'abuser ainsi de sa bonté ou de sa justice, cette fin de non- « recevoir. »

Une fin de non-recevoir absolue me paraît trop rigoureuse ; la femme peut avoir commis une légèreté qui n'impliquerait pas l'inconduite ; il serait trop injuste d'absoudre le mari de tous ses torts et de contraindre la femme à rentrer auprès de lui, comme si elle n'avait pas été victime de sévices. Mais le tribunal peut suspendre l'autorisation d'assigner qu'il avait octroyée, désigner à la femme une autre résidence, déclarer même qu'elle retournera auprès de son mari, et supprimer la pension alimentaire.

Article 33. La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise ; à défaut de cette justification ou d'excuses légitimes, le tribunal statuant en chambre du conseil sur la réclamation du mari, pourra supprimer la provision alimentaire, suspendre l'autorisation d'assigner, si elle a été accordée, désigner une nouvelle résidence à la femme ou ordonner qu'elle rentrera dans la maison commune.

P. BERNARD.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DES PRISES[1].

Par M. Bravard-Veyrières, professeur de droit commercial
à la Faculté de Paris.

Après avoir, dans les chapitres qui précèdent, expliqué la matière du droit maritime en temps ordinaire, il me reste à l'envisager sous les rapports exceptionnels que fait naître l'état de guerre, à parler *des armements en course, des prises et du blocus.*

SECTION Ire.

Des armements en course. — Du droit de faire la course.

La mer est commune à tous les hommes ; aucun prince, aucun État ne saurait y prétendre des droits particuliers : *Mari, quòd naturâ omnibus patet, servitus imponi privatâ lege non potest* (L. 13, D. *Princip., comm. præd.*); elle appartient donc à tous ceux qui peuvent la sillonner utilement pour le bien-être et pour la civilisation des peuples. Cependant, de temps presque immémorial, les souverains ont regardé comme un des attributs de leur puissance la faculté d'autoriser la capture en mer des bâtiments de commerce et des marchandises appartenant aux membres de la nation avec laquelle ils étaient en guerre ; en un mot, d'accorder à leurs sujets l'autorisation de *faire la course.*

C'était là un vieux reste de barbarie, une espèce de pillage organisé, que réprouvaient avec raison les publicistes modernes. L'institution des lettres de marque date de la fin du XIVe siècle. Depuis cette époque tous les gouvernements en ont délivré, et les corsaires ont été considérés comme les auxiliaires des flottes régulières. Le gouvernement français, il faut le dire à son honneur, invita plus d'une fois les puissances maritimes à abolir cet usage ; il prit même à cet égard, en 1792, une généreuse initiative, mais sans succès ; et il se vit dès lors, lui-même, dans la nécessité de renoncer à cette réforme : tant il est difficile de faire abandonner par les souverains un moyen tel que de nuire, sans qu'il leur en coûte rien, à leurs ennemis !

[1] Nos lecteurs liront avec intérêt le fragment suivant du chapitre que M. Bravard-Veyrières a consacré aux *Prises* dans la nouvelle édition (c'est la *sixième*) de son *Manuel de droit commercial*, qui va bientôt paraître chez Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État. (*Note du rédacteur.*)

« De là, dit Martens[1], cette inconséquence frappante que, « tandis que dans les guerres du continent les nations civilisées « de l'Europe s'efforcent d'en faire retomber le moins possible « le fardeau sur les sujets paisibles de l'ennemi, et qu'elles res- « pectent leurs propriétés moyennant une contribution levée, « en n'autorisant le pillage que dans quelques cas extraordi- « naires, on a conservé dans les guerres maritimes l'usage « barbare de priver les sujets ennemis de leurs navires et de « leurs cargaisons, en défendant même, presque généralement « aujourd'hui, d'accepter une rançon. »

Il faut l'avouer cependant, dans la confusion des usages et des traités en vigueur jusqu'à ces derniers temps, sous l'empire d'intérêts opposés et de traditions contradictoires, on ne pouvait guère espérer l'application immédiate et complète des principes qui condamnent la course. Aussi, malgré ce qu'ils ont de vrai et de généreux, ils n'étaient pas sortis du domaine de la spéculation; et deux raisons surtout les avaient fait considérer comme irréalisables : premièrement, disait-on, les navires marchands et leurs équipages sont des éléments constitutifs de la puissance navale de l'ennemi, toujours prêts à se transformer, à la première réquisition, en instruments et en personnel de guerre; secondement, sur mer il est impossible de s'en prendre à l'ennemi par des occupations de territoire : on ne peut l'attaquer que dans l'utilité qu'il cherche à retirer de cet élément; et cette utilité consiste uniquement dans la navigation commerciale. — Mais autre chose est empêcher momentanément, par mesure de sûreté, la navigation commerciale, autre chose s'emparer des propriétés privées, navires et marchandises; autre chose, d'ailleurs, est le droit de capture exercé par les bâtiments de l'État, autre chose l'intervention de navires privés armés en guerre, de simples particuliers qui courent la mer à leur profit, dans le seul but de s'enrichir par la capture des navires ennemis ou des marchandises ennemies. Aussi l'illustre Franklin réprouvait-il hautement la course maritime, et appelait-il de tous ses vœux l'époque où elle serait abolie. A cet égard un grand pas fut fait en 1854, grâce aux principes proclamés en même temps par la France et l'Angleterre, dans la déclaration du 29 mars 1854, sur la conduite qu'elles enten-

[1] *Essai concernant les armateurs, les prises et surtout les reprises.*

daient tenir pendant la guerre qu'elles allaient entreprendre contre la Russie. En effet, aux termes de cette déclaration, il ne devait pas être délivré de lettres de marque, et les opérations de la guerre devaient être restreintes aux forces régulièrement organisées des deux États. Cette déclaration ouvrait donc une ère nouvelle. Toutefois, les concessions qu'elle consacrait n'avaient qu'un caractère provisoire et momentané : « Mue, y est-il dit, par le désir de diminuer autant que possible les maux de la guerre et d'en restreindre les opérations aux forces régulièrement organisées de l'État, Sa Majesté déclare qu'elle n'a pas, *pour le moment*, l'intention de délivrer des lettres de marque. » Cette déclaration laissait donc subsister *en droit* la doctrine d'après laquelle la course est considérée comme une pratique légitime, comme un concours de forces navales que les particuliers donnent à l'État dont ils font partie, à peu près comme les corps francs et les partisans dans les guerres territoriales.

Mais dans la séance du congrès de Paris du 8 avril 1856, le premier plénipotentiaire de la France proposa au congrès de terminer son œuvre en posant, d'une manière libérale et progressive, les bases d'un droit maritime uniforme en temps de guerre; et dans ce but les plénipotentiaires, par une déclaration solennelle, du 16 avril 1856, adoptèrent ce principe, qui en forme l'article 1er : « La course est et demeure abolie. » C'est là un bienfait immense; car cette pratique, qui malgré sa généralité et son ancienneté n'en avait pas moins quelque chose de barbare, eût été, dans le présent et dans l'avenir, plus désastreuse encore que par le passé, à raison de l'invention des navires à vapeur et du grand perfectionnement de l'artillerie. Cette déclaration constitue donc un progrès important.

Toutefois, les nations qui n'y ont pas accédé en ce point conservent le droit de délivrer des lettres de marque. Mais ces nations sont en bien petit nombre; et désormais, grâce à la déclaration du 16 avril 1856, les bâtiments de commerce en général n'auront, sauf de très-rares exceptions, affaire qu'aux croiseurs et aux vaisseaux de guerre des nations belligérantes. Ils n'auront donc plus à subir les inquisitions et les vexations auxquelles ils étaient en butte de la part des corsaires. La déclaration de 1856 a, d'ailleurs, par une autre disposition, comme

nous allons le voir, pourvu avec une sollicitude toute spéciale à la sécurité des neutres.

SECTION II.

Du droit de prise.

§ 1er. — *De la législation sur les prises et de ses diverses phases.*

A cet égard, l'histoire du droit maritime présente trois et même quatre phases distinctes :

Première phase, ou phase antérieure au XVIIe siècle.

Dans cette première phase, qui remonte jusqu'à la naissance du commerce, on s'attachait plus particulièrement à la propriété de la cargaison. La marchandise ennemie était considérée comme pouvant toujours être confisquée par les belligérants, confisquée partout où elle était rencontrée, sur les navires amis ou neutres, comme sur les navires ennemis. Mais, en sens inverse, la marchandise amie ou neutre était respectée même sur les vaisseaux de l'ennemi.

En conséquence, le plus ancien monument de la législation maritime moderne, le Consulat de la mer, considérant le navire comme une simple *voiture*, voulait que l'on pût s'emparer des marchandises ennemies sur les navires neutres, et qu'on respectât les marchandises neutres même trouvées à bord des navires ennemis. La marchandise ennemie n'était donc pas neutralisée par le pavillon neutre, et la marchandise amie ne perdait pas ce caractère parce qu'elle était trouvée sur un navire ennemi.

Ces principes, posés par le Consulat de la mer dans son chapitre 273, furent généralement acceptés, et ils sont restés pendant plusieurs siècles la règle souveraine de l'Europe. Durant tout le cours des XVe et XVIe siècles, ces deux maximes du Consulat de la mer : « Le pavillon ne couvre pas la marchandise ; le pavillon ne confisque pas la marchandise, » prévalurent dans la pratique et dans les traités.

Deuxième phase. — XVIIe siècle.

L'ordonnance de 1681 et le règlement de 1704 vinrent en

partie confirmer, en partie modifier les maximes du Consulat.

L'ordonnance de 1681, livre III, titre 9, art. 5, déclare de bonne prise tout navire combattant sous un pavillon autre que celui de l'État dont il a commission, ou qui a en même temps commission de princes ou États différents; et si le navire est armé en guerre, le capitaine et les officiers sont punis comme pirates.

D'après l'article 7 du même livre et du même titre de cette ordonnance, était valable (sauf le cas de bonne foi prouvée) la prise des marchandises de *Français* ou *alliés* trouvées dans un navire *ennemi*, comme aussi la prise de tout navire chargé d'effets appartenant aux *ennemis*. C'est ce qu'on exprimait en ces termes : Robe d'ennemi confisque robe d'ami : du mot italien *robe*, qui signifie tout ce qui peut appartenir à quelqu'un, argent, marchandises, habits, en un mot, bagages. Cette disposition fut confirmée par l'arrêt du conseil du 26 octobre 1692, et par l'article 5 du règlement du 23 juillet 1704.

D'après cette législation, ce n'étaient pas seulement, à ce qu'il paraît, les marchandises ennemies chargées sur navire neutre qui étaient confiscables; le navire lui-même et la partie de la cargaison qui n'appartenait pas à l'ennemi, étaient déclarés de bonne prise. Ce qu'il y a du moins d'incontestable, c'est que l'ordonnance de 1681 et le règlement de 1704 établissaient nettement que les marchandises neutres devaient être confisquées à bord des vaisseaux ennemis, de même que les marchandises ennemies à bord des vaisseaux neutres.

Cette ordonnance et ce règlement voulaient donc, d'une part, conformément au Consulat, que la propriété ennemie fût saisie à bord des vaisseaux neutres, et, d'autre part, contrairement au Consulat, que la marchandise neutre fût saisissable sur les navires ennemis.

Troisième phase. — XVIIIe siècle et première moitié du XIXe.

L'extension du commerce maritime, et surtout du commerce de commission, parut exiger d'autres règles. On vit se produire alors une théorie nouvelle, plus conforme aux intérêts et aux droits des neutres, et qui devint la contre-partie des deux maximes du Consulat de la mer : « Le pavillon couvre la mar-

chandise. » Il en résulta que la marchandise ennemie ne put plus être saisie à bord des bâtiments neutres, et que la marchandise amie put être saisie à bord des bâtiments ennemis. Le sort de la cargaison fut lié à celui du navire; de telle sorte que, sans égard à la nationalité des propriétaires, la cargaison fut confiscable si le navire lui-même était confiscable comme ennemi, et libre si le navire était libre. En d'autres termes, *la marchandise ennemie sous pavillon neutre fut neutre, comme la marchandise neutre sous pavillon ennemi fut ennemie.* Les seules marchandises que ne couvrait pas le pavillon étaient les marchandises de contrebande, et les seules marchandises de contrebande sont les armes et les munitions de guerre.

Ce fut une transaction que toutes les puissances européennes, à l'exception d'une seule, l'Angleterre, finirent par adopter les unes après les autres. L'Angleterre, en effet, après avoir admis ce principe dans quelques traités, l'avait toujours combattu comme règle générale. Les États-Unis d'Amérique tenaient aussi, en principe et en droit, pour les maximes du Consulat de la mer; mais dans leurs traités avec les puissances étrangères ils ne faisaient pas difficulté de s'en départir, et ils se rangeaient volontiers à la doctrine qui avait généralement prévalu en Europe.

Plus favorable aux intérêts des neutres, auxquels elle assurait, dans l'état de guerre, le monopole du commerce des belligérants, cette doctrine était fondée sur cette donnée toute moderne, qu'un navire est une *colonie flottante*, un fragment mobile du territoire de l'État dont il dépend, et ne doit, en conséquence, obéissance et respect qu'aux lois de cet État. Nul État belligérant n'a donc le droit d'intervenir dans le commerce maritime des neutres, et les neutres restent libres de commercer avec l'ennemi, que leurs opérations s'exercent sur les productions de leur propre territoire ou sur celles du territoire ennemi.

L'Angleterre, l'Angleterre seule refusait de reconnaître aux puissances neutres le droit de faire par mer le commerce avec ses ennemis, et cela afin d'assurer à sa marine marchande le monopole des transports maritimes. Elle confisquait donc sur navires neutres tout objet appartenant à la puissance avec laquelle elle était en guerre, et elle prétendait que les bâtiments neutres, fussent-ils escortés par un vaisseau de guerre de leur

nation, devaient se soumettre à la visite des vaisseaux anglais.

Cependant, les abus de la domination qu'elle s'arrogeait sur les mers devinrent si intolérables pendant la guerre entreprise, en 1778, en faveur de l'indépendance des États-Unis, que les États neutres formèrent, le 1er août 1780, une ligue armée pour la défense commune de leur commerce maritime. Les neutres rédigèrent une déclaration restée célèbre et dans laquelle ils demandaient :

1° Que les navires neutres pussent naviguer librement d'un port à un autre, sur les côtes des puissances belligérantes;

2° Que les effets embarqués sur les bâtiments neutres fussent respectés, même lorsqu'ils appartiendraient aux puissances ennemies, à l'exception des munitions de guerre;

3° Que pour être reconnu par les neutres le blocus fût, non fictif, mais réel.

Le traité de Versailles, de 1783, qui mit fin à la guerre d'Amérique, ne changea rien au régime des mers : la France persista dans sa politique généreuse; l'Angleterre, dans sa politique égoïste, et elle parvint même à détacher de la ligue la plupart des coalisés.

Les complications graves que la Révolution française produisit sur le continent, la haine qu'elle alluma contre la France, détournèrent les puissances de l'idée de s'unir à elle en faveur de la liberté des mers; on en vit même plusieurs de celles qui s'étaient ralliées naguère à la neutralité armée, sacrifier leurs anciens principes à leurs ressentiments contre la France, et, en haine d'elle, laisser visiter, insulter, confisquer leurs navires par l'Angleterre, qui, pour assurer sa domination sur les mers, exploitait habilement les dissensions continentales.

Quelques-unes, toutefois, la Suède, le Danemark, les États-Unis, continuèrent à proclamer le principe : « Le pavillon couvre la marchandise. » En cela elles ne défendaient pas la cause de la France, elles défendaient seulement la dignité et l'indépendance de leur pavillon; elles résistaient, pour leur propre compte, aux exigences de l'Angleterre, parce que, chez les peuples comme chez les individus, il existe une disposition naturelle qui les porte à se soustraire à l'injustice et à l'oppression.

Sous le Consulat, il se fit sur le continent un changement subit d'opinion favorable à la France. Les victoires du premier consul avaient donné à celle-ci un prestige immense, et la paix

du continent rétablit entre les cabinets un concert tout à son avantage. Le goût dont l'empereur Paul Ier s'éprit pour la politique et pour la personne du premier consul permit de reprendre l'ancienne politique de la France sur le droit des neutres, et de se promettre quelque succès d'une ligue de confédérés s'étendant de Cronstadt à Cadix. Paul Ier fut l'âme de la nouvelle ligue, et le traité fut signé le 10 décembre 1800. Les forces que la ligue des neutres pouvait opposer à l'Angleterre étaient considérables; les mers n'avaient jamais vu des préparatifs aussi formidables : l'Angleterre n'en persista pas moins avec opiniâtreté dans ses prétentions. Il s'ensuivit une guerre générale sur toutes les mers. On ne sait quelles destinées étaient réservées à la ligue des neutres, lorsque la fin tragique de Paul Ier vint tout à coup la dissoudre.

L'Angleterre, qui était alors à l'apogée de sa puissance navale, la déploya tout entière dans la grande guerre qu'elle soutint contre la France pendant presque toute la durée de l'empire; et jusqu'en 1854 elle persista, avec l'âpre volonté qui la caractérise, dans son ancienne politique. Les choses restèrent donc en cet état jusqu'à cette époque de 1854.

Quatrième phase. — Seconde moitié du XIXe siècle.

Au début de la guerre contre la Russie, le gouvernement de l'empereur Napoléon demanda à celui de la reine Victoria de se départir, au moins *temporairement*, de ses principes au sujet des neutres, et il l'obtint. La déclaration concertée à cet égard, en 1854, entre la France et l'Angleterre, consacrait une concession importante, qui, comme celle relative aux lettres de marque, attestait un notable progrès dans les idées; il y était dit : « Sa Majesté, afin de garantir le commerce des neutres de toute entrave inutile, consent *pour le présent* à renoncer à une partie des droits qui lui appartiennent comme puissance belligérante. En conséquence, elle déclare non-seulement que ses vaisseaux ne saisiront pas la propriété de l'ennemi chargée à bord d'un bâtiment neutre (à moins que cette propriété ne soit contrebande de guerre), mais encore qu'elle ne compte pas revendiquer le droit de confisquer la propriété des neutres trouvée à bord des bâtiments ennemis. »

A l'égard de la renonciation au droit de saisir la propriété

neutre à bord des navires ennemis, cette déclaration, conforme aux vieux principes de l'Angleterre, était nouvelle pour la France, qui en prit généreusement l'initiative.

Mais quant au privilége du pavillon neutre, de couvrir de sa neutralité la marchandise ennemie, cette déclaration ne faisait que se conformer aux doctrines d'État, aux traités anciens et nouveaux de la France. De la part de l'Angleterre, au contraire, c'était le sacrifice de ses prétentions de tous les temps. En y renonçant, cette puissance obéit sagement à la loi du progrès, comme déjà elle l'avait fait en renonçant à la protection industrielle, agricole et maritime, qui cependant lui avait été si profitable dans le passé. Ainsi par cette déclaration, la France et l'Angleterre firent chacune de leur côté une concession aux idées nouvelles : la France, en se départant du droit de saisir la marchandise neutre à bord des navires ennemis; l'Angleterre, en se départant de celui de saisir la marchandise ennemie à bord des navires neutres.

On le comprend, la France et l'Angleterre ne pouvaient plus désormais remettre en vigueur un droit suranné qu'elles venaient elles-mêmes, en le laissant dormir pendant la guerre contre la Russie, de condamner en quelque sorte en face de l'univers.

Aussi, en 1856, lors de la conclusion de la paix, le gouvernement de l'empereur proposa-t-il aux plénipotentiaires réunis au congrès de Paris, de consacrer définitivement en faveur des États neutres, en temps de guerre, des principes qui, grâce à leur libéralité, fussent accueillis comme un bienfait par le monde entier. En conséquence, les plénipotentiaires, pour atteindre ce but, arrêtèrent une déclaration solennelle où ils ne se bornaient pas à abolir la course (art. 1er), mais où, en outre, ils proclamaient (art. 2) que le pavillon neutre couvre la marchandise ennemie, à l'exception de la contrebande de guerre, et (art. 3) que la marchandise neutre, à l'exception de la contrebande de guerre, n'est pas saisissable sous pavillon ennemi. Je le demande, cette déclaration n'offre-t-elle pas une preuve éclatante de l'esprit progressif qui préside aujourd'hui aux relations internationales; et n'est-ce pas un fait d'une haute importance, pour le présent et pour l'avenir de l'humanité, que l'acquiescement unanime donné à ces principes par toutes les nations maritimes ?

Dans un rapport adressé à l'empereur le 12 juin 1858, le

ministre des affaires étrangères a annoncé, en effet, que toutes les puissances européennes et américaines avaient adhéré à la déclaration du 16 avril 1856, sauf trois exceptions : l'Espagne et le Mexique n'ont pas accédé au premier point relatif à l'abolition de la course, mais ils ont adhéré aux trois autres ; les États-Unis de l'Amérique du Nord, en approuvant les trois derniers points, ont subordonné leur adhésion au premier à l'addition des mots suivants : « Et la propriété privée des sujets de l'une de puissances maritimes belligérantes ne pourra être saisie par les vaisseaux de l'autre, à moins qu'elle ne consiste en contrebande de guerre. » C'est ainsi que la république des États-Unis s'est mise à la tête des grandes nations civilisées pour demander une réforme à laquelle la diplomatie européenne semble encore résister. Le grand empire de l'Amérique du Sud, le Brésil, tout en adoptant sans restriction la déclaration du 16 avril 1856, a formellement et fortement appuyé l'amendement proposé par les États-Unis. L'Amérique a donc cette fois devancé l'Europe, et inauguré, en quelque sorte, le système définitif auquel il faut arriver.

Effectivement, quelque grand que soit le progrès réalisé par la déclaration de 1856, il reste encore un dernier pas à faire, et ce n'est pas le moins important. L'inviolabilité absolue en temps de guerre de la propriété flottante n'est pas actuellement reconnue ; et malgré la déclaration du congrès de Paris, si une guerre venait à éclater, la marine marchande des États belligérants, la propriété privée de leurs sujets, en tant qu'elle ne serait pas à bord de navires neutres, demeurerait à la merci des bâtiments de guerre ennemis, et même des corsaires de nations qui n'auraient pas accédé à la déclaration mentionnée ci-dessus.

Mais ce principe de la complète inviolabilité, aussi bien sur mer que sur terre, de la propriété privée intéresse trop vivement les relations internationales pour n'être pas plus ou moins prochainement adopté ; et on doit désirer que ce soit sans retard, car il est urgent de remédier à un état de choses qui expose des millions de propriétés inoffensives à la destruction ; qui, dès que la guerre éclate, met des milliers de bras hors d'activité, et dont l'appréhension seule suffit pour entraver les entreprises et paralyser les opérations commerciales.

Sur ce point, les vrais principes ont été formulés, avec au-

tant d'énergie que d'autorité, dans un document célèbre, dans le préambule du fameux décret de Berlin, du 21 novembre 1806, sur le blocus continental. Ce que Napoléon y reprochait avant tout aux ennemis contre lesquels il entreprenait la lutte gigantesque dont ce décret fut le premier acte, c'était de réputer ennemi tout individu appartenant à l'État ennemi, de poursuivre non-seulement les équipages des vaisseaux armés en guerre, mais encore les équipages des vaisseaux de commerce et les négociants qui voyagent pour leurs propres affaires; *d'étendre aux bâtiments et aux marchandises de commerce et aux propriétés des particuliers le droit de conquête, qui ne peut s'appliquer qu'à ce qui appartient à l'État ennemi.*

En conséquence le décret de Berlin déclarait que la France userait de représailles jusqu'à ce que l'ennemi eut reconnu « que le droit de la guerre est le même sur terre que sur mer, et qu'il ne peut s'étendre ni aux propriétés privées, *quelles qu'elles soient,* ni à la personne des individus étrangers à la profession des armes. »

Le triomphe de ce principe éminemment *conservateur* ne saurait être, ce nous semble, bien éloigné ou du moins incertain; il paraît d'autant moins douteux que les États-Unis le défendent avec énergie, que la France et la Russie s'y sont, dès 1856, montrées favorables, que la Prusse et l'Autriche n'ont pas de raison de s'y opposer, et que l'Angleterre ne voudra pas se mettre encore une fois en lutte ouverte avec l'opinion du monde civilisé, qui demande hautement cette modification au droit maritime en temps de guerre, afin de le mettre en harmonie avec les exigences de notre époque.

Quoi qu'il en soit, dans l'état actuel des choses, les vaisseaux de guerre et les croiseurs de l'État conservent le droit de s'emparer de la propriété privée des sujets ennemis, lorsqu'elle ne se trouve pas à bord de navires neutres.

Nous ne pouvons donc nous dispenser d'exposer ici les règles qui concernent les prises; car malgré l'abolition de la course, elles n'ont pas cessé d'être en vigueur, du moins pour les vaisseaux de guerre et les croiseurs de l'État.

§ 2. — *Des choses qui peuvent être déclarées de bonne prise.*

Indépendamment des marchandises ennemies qui ne sont pas à bord des navires neutres, sont de bonne prise tous les bâti-

ments de guerre ou marchands appartenant soit au gouvernement, soit aux membres de la nation avec laquelle on est en guerre. L'article 6 de l'ordonnance de 1681 réputé vaisseau ennemi celui dans lequel on ne trouve charte-partie, connaissement ni facture.

Les connaissements trouvés à bord mais non signés sont nuls et regardés comme actes informes ; ceux qui ne sont pas trouvés à bord et ne sont rapportés que postérieurement, fussent-ils en règle, n'ont pareillement aucune valeur; enfin, comme les pièces, même en forme, trouvées à bord peuvent avoir été concertées frauduleusement, les dépositions contraires des gens de l'équipage prévaudront.

Les vaisseaux étrangers, même ennemis, ne peuvent être pris lorsqu'ils sont munis d'un congé ou passe-port français (Ordonnances de 1676, 1689 et 1705).

Pour qu'une prise soit valable, il faut qu'elle soit faite après la guerre déclarée et avant que la guerre ait cessé; mais il est d'usage de stipuler dans les traités de paix un délai (plus ou moins long suivant la distance des lieux) pendant lequel les prises faites de part et d'autre sont réputées régulières quoique faites depuis la conclusion de la paix, si toutefois le capteur l'a ignorée; car s'il était prouvé qu'il l'eût connue, la prise devrait être restituée, et le capteur condamné à des dommages-intérêts. Les prises faites postérieurement au délai dont il vient d'être parlé sont nulles, et ici il n'y a plus à considérer si le capteur était de bonne ou de mauvaise foi.

La capture d'un navire dans un port étranger, ami ou neutre, ou sous le canon d'une forteresse appartenant à une puissance neutre ou amie, a toujours été défendue par le droit des gens et par les traités anciens et nouveaux. La prise d'un navire est nulle encore lorsqu'elle a été faite à moins de deux lieues d'un territoire neutre (27 thermidor an VIII, conseil des prises), ou, pour mieux dire, dans la partie de la mer qui est considérée comme territoire maritime d'une puissance neutre; car cette partie est plus ou moins étendue suivant la nature et la configuration des côtes.

Un navire qui pour échapper au naufrage cherche asile dans un port français, doit être relâché sans considérer s'il est neutre ou ennemi (c'est ce qui a été décidé le 13 ventôse an IX, par le conseil des prises). Cependant il me semble qu'à cet égard il

faut distinguer s'il s'agit d'un bâtiment de commerce ou d'un vaisseau armé en guerre. En effet, relâcher un vaisseau de guerre ennemi dont, par le fait, on se trouve maître, ne serait-ce pas bien plutôt manquer de prudence, que faire acte de générosité? ne serait-ce pas fournir contre soi des armes à l'ennemi? car ce vaisseau n'userait de la liberté qu'on lui rendrait que pour nuire à ceux qui la lui auraient rendue, que pour détruire leurs personnes et leurs propriétés ou s'en emparer. On s'exposerait, de la sorte, à compromettre non-seulement la sûreté des bâtiments nationaux qui seraient en mer, mais peut-être le sort d'un fort assiégé, le succès d'un combat naval sur le point d'être livré, l'heureuse issue de la guerre elle-même; et à coup sûr le droit des gens, sainement entendu, n'oblige à rien de semblable.

§ 3. — *De la prise des pirates.*

On répute *pirate* tout individu courant la mer *sans commission spéciale d'aucune puissance*, et cela, que le bâtiment appartienne ou non au sujet d'un gouvernement neutre ou allié (art. 4, tit. 9, liv. III, ordonn. 1681).

C'est un droit et même un devoir d'arrêter les navires commandés par des pirates, car les pirates sont en dehors du droit des gens. Mais il ne faut pas confondre, comme l'on fait plus d'un romancier et plus d'un auteur dramatique, les *corsaires* avec les *pirates;* car, indépendamment de la différence que je viens d'indiquer, il y a encore entre les uns et les autres les deux que voici :

1° Les pirates pillent indistinctement en temps de paix comme en temps de guerre, tandis que les corsaires ne font la course qu'en temps de guerre, sauf le cas de représailles; 2° les corsaires doivent se conformer aux instructions qui leur sont données et n'agir qu'en conséquence, tandis que les pirates, véritables bandits de mer, ne reconnaissent et ne suivent aucune loi.

Le corsaire qui s'écarte des règles spéciales qui lui sont tracées, qui viole sa commission, dégénère en *pirate;* et voilà sans doute pourquoi l'on confond souvent ces deux dénominations, et on les prend mal à propos l'une pour l'autre.

§ 4. — *De la prise des bâtiments neutres.*

Un navire neutre peut être déclaré de bonne prise dans le cas

où, après la semonce, il n'amène pas ses voiles et fait résistance; Le concours de ces deux conditions est nécessaire, mais il suffit pour légitimer la prise. Le navire neutre chargé d'objets de contrebande est de bonne prise si ces objets forment au moins les trois quarts de la valeur du chargement; autrement les objets de contrebande sont seuls sujets à confiscation.

§ 5. — *Devoirs et obligations du capteur.*

Les ordonnances de 1400 (art. 4), de 1543 (art. 20), de 1584 (art. 33) et la déclaration du 1er février 1650 enjoignent expressément aux armateurs ou corsaires (et ces dispositions sont en général communes aux vaisseaux de guerre et aux croiseurs de l'État) d'amener leurs prisonniers avec la prise, c'est-à-dire de n'en relâcher aucun, soit pour épargner leur nourriture, soit pour tout autre cause : parce que plus on fait de prisonniers, plus on affaiblit l'ennemi, et plus on facilite les échanges.

Cependant, comme il y aurait quelquefois du danger à se charger de tous les prisonniers, comme aussi le défaut de vivres peut ne pas permettre de les garder tous, l'ordonnance de 1760 autorise le capitaine capteur, lorsque le nombre des prisonniers excède le tiers de son équipage, à embarquer sur les navires de puissances neutres qu'il rencontrera à la mer l'excédant de ce tiers, et même davantage s'il manque de vivres, en exigeant du capitaine pris et de ses principaux officiers une soumission de faire échanger et renvoyer un pareil nombre de prisonniers français du même grade. Quand parmi les prisonniers se trouvent des passagers, la liberté leur est rendue sans échange ni rançon.

Les hommes de l'équipage d'un vaisseau marchand sont considérés comme prisonniers de guerre : toutefois dans l'usage on s'empresse de leur procurer de l'emploi dans la marine privée, et souvent même on les renvoie sur parole.

Aux termes de l'article 3, les capitaines qui relâchent dans les ports des puissances neutres peuvent aussi y débarquer les prisonniers.

D'après l'article 16 de l'ordonnance de 1681, le capteur doit s'emparer de tous les papiers du navire capturé et les déposer dans un sac ou coffre en présence du capitaine pris, qui doit être interpellé d'y apposer son cachet : l'omission de cette formalité entraînerait la nullité de la prise.

Le capteur doit fermer soigneusement les armoires, cof-

fres, etc., du navire capturé, afin que rien ne soit détourné avant qu'il ait été statué sur la validité de la prise (règlement du 2 prairial an X, art. 59).

Le capteur doit, autant que possible, amener ou envoyer la prise au port de l'armement, afin que les intéressés puissent en tirer un meilleur parti et éviter des frais de commission. S'il est obligé de relâcher dans quelque port, il doit leur en donner avis. Dès qu'il est rentré dans quelque rade ou port du royaume, il est tenu de faire son rapport circonstancié.

Défense est faite par l'article 18 de l'ordonnance de 1681, sous peine de mort, à tous les chefs, soldats et matelots, de faire sombrer les bâtiments capturés, et de débarquer les prisonniers sur des côtes, dans des îles ou îlots éloignés.

§ 6. — *Des prises par représailles.*

Le droit de représailles est défini par les auteurs : le droit qu'a tout souverain de se faire justice lui-même du tort qui lui a été causé par un autre souverain ou ses sujets, et dont il ne lui a pas été donné satisfaction.

Plus spécialement, c'est la faculté qu'a un souverain d'accorder à ses sujets l'autorisation de saisir, à titre d'indemnité d'un tort éprouvé et non réparé, les biens appartenant aux sujets de la puissance à laquelle le dommage est imputable.

Il paraît admis que, pour légitimer l'exercice des représailles, il suffit qu'il y ait déni de justice ou refus de payer une dette légitime contractée par le souverain lui-même ou par ses sujets.

D'après cela, on le voit, les biens de chaque sujet répondent des dettes de l'État dont il est membre, et du tort que cet État peut avoir fait aux étrangers.

Telle est l'étendue, vraiment exorbitante, de ce droit de représailles.

Aussi, aucun particulier ne peut-il en user sans en avoir obtenu l'autorisation de son souverain, qui ne doit l'accorder que pour des motifs graves, et après avoir tenté inutilement d'obtenir justice à l'amiable (art. 1er et 2, liv. III, tit. 10, de l'ordonnance de 1681).

Les lettres de représailles confèrent les mêmes droits que les lettres de marque : ce sont des lettres de marque accordées pour une cause spéciale; celui qui les a obtenues peut armer en course contre les sujets de l'État qui a refusé de lui rendre

justice, et faire des prises sur eux. Tout en abolissant la course, les gouvernements ne se sont pas, en 1856, interdit le droit de délivrer des lettres de représailles.

§ 7. — *Juridiction et formes.*

Il est peu de matières où la compétence ait subi autant de variations.

Le jugement des prises, qui autrefois appartenait aux amirautés, fut dévolu aux tribunaux de commerce par la loi du 14 février 1793, avec faculté de pourvoi.

La Convention nationale attribua au conseil exécutif d'alors le droit de statuer, par voie administrative, sur la validité des prises. Le comité de salut public s'attribua le même droit.

Sous le Consulat, un conseil des prises fut établi par un arrêté du 6 germinal an VIII : ses décisions n'étaient susceptibles de recours que devant le Conseil d'État. Le conseil des prises fut mis plus tard dans les attributions du ministre de la justice, et élevé au rang de tribunal, mais de tribunal simplement administratif et temporaire. Déjà, à différentes époques, des conseils analogues avaient été établis à l'occasion de guerres maritimes, mais toujours comme commissions temporaires. Celui qui fut créé sous le Consulat avait le même caractère; l'article 28 de l'arrêté du 6 germinal an VIII déclarait expressément que le gouvernement déterminerait l'époque à laquelle ce conseil cesserait ses fonctions.

Après la Restauration, le conseil des prises a été supprimé, et ce qui lui restait d'affaires a passé au comité du contentieux du Conseil d'État, qui aujourd'hui prononce souverainement sur ces matières (Ord. des 22 juillet 1814, 9 janvier, 23 août et 5 septembre 1815). Les formes à suivre pour le jugement des prises sont déterminées par l'arrêté du 6 germinal an VIII, dont les dispositions à cet égard sont encore en vigueur.

A l'occasion de la guerre déclarée à la Russie par la France et l'Angleterre, un décret, en date du 18 juillet 1854, institua à Paris un conseil des prises chargé de statuer sur la validité de toutes les prises maritimes qui pourraient être faites dans le cours de cette guerre, sur les contestations relatives à la qualité des navires échoués ou naufragés, et sur les prises maritimes amenées dans les ports de nos colonies (art. 2).

Sauf quelques modifications de détail, ce décret n'a guère fait

qu'appliquer au nouveau conseil des prises les dispositions réglementaires de l'arrêté des consuls du 6 germinal an VIII; seulement il abrogeait les articles 9, 10 et 11 de cet arrêté, d'après lesquels, dans certains cas exceptionnels, l'officier d'administration de la marine du port dans lequel les prises étaient amenées pouvait, en s'adjoignant le contrôleur de la marine et le commissaire de l'inscription maritime, statuer sur la validité de la prise. D'après le décret du 18 juillet 1854, ce droit n'appartenait, et sans aucune exception, qu'au conseil des prises; le recours devant le Conseil d'État était d'ailleurs admis.

La prise déclarée bonne est vendue. Le prix, quand il s'agissait de prises faites par les corsaires, était partagé entre l'armateur et son équipage. S'il en était donné main-levée, elle devait être rendue au propriétaire, et l'armateur, en cas de mauvaise foi, était condamné à des dommages-intérêts. Quant aux prises faites par les vaisseaux de l'État, on verra dans le paragraphe suivant comment en est réglé le partage.

§ 8. — *De la liquidation et du partage des prises.*

Originairement, le partage des prises se faisait en nature; mais depuis fort longtemps on a été frappé des inconvénients de ce mode de partage, et l'on a reconnu les fraudes qui pouvaient s'y commettre. Aussi, est-ce aujourd'hui un usage constant et universel de faire vendre judiciairement les navires jugés de bonne prise et tous les effets en dépendant, pour en partager le prix entre les divers intéressés.

L'arrêté du 2 prairial an XI a posé, dans les articles 78 à 98, les règles qu'on devrait suivre pour la vente et la liquidation des prises. Le partage des prises faites par les équipages des vaisseaux de l'État est réglé par l'ordonnance du 28 mars 1778 et les lois des 1er octobre 1795 et 9 ventôse an XI. Le produit de la prise est partagé entre le capitaine et son équipage, après prélèvement des frais de garde, d'armement, et de 5 centimes par franc au profit de la caisse des invalides de la marine.

Il est attribué de plus au capitaine et à son équipage une prime pour chaque prisonnier et pour chaque canon dont ils se sont rendus maîtres, savoir 40 francs pour chaque prisonnier fait sur les bâtiments de commerce non armés en guerre, 45, 50 ou 60 francs pour chaque prisonnier fait sur un bâtiment marchand armé en guerre, ou sur un corsaire, ou sur un bâti-

ment de guerre. Pour chaque canon pris, la gratification varie de 100 à 360 francs, suivant le calibre du canon et l'espèce du bâtiment (marchand, corsaire ou de guerre) sur lequel il a été pris. D'autres gratifications sont également prélevées pour récompenser les actions d'éclat. Enfin le décret détermine les parts de chacun d'après son grade.

§ 9. — *Recousse.*

La recousse (*recuperatio*) est le fait par lequel un navire pris par un belligérant est repris sur le capteur.

Pour la reprise ou recousse il faut observer les mêmes règles que pour une prise directe ; mais d'après les circonstances, ou bien la reprise appartient complétement au repreneur, ou bien elle est restituée à l'ancien propriétaire moyennant le payement d'un *droit de recousse*, dont le montant varie suivant que la prise est restée plus ou moins longtemps entre les mains du capteur, suivant que le navire a été repris sur des ennemis ou sur des pirates, et qu'il l'a été par des navires armés en course ou par des vaisseaux de l'État.

Lorsque le navire pris par l'ennemi est resté assez longtemps entre ses mains pour devenir sa propriété définitive, il est devenu *res hostilis*, et par conséquent, en droit rigoureux, il est considéré comme pris directement, et il appartient au repreneur. Chez nous, on répute devenu *res hostilis* le navire qui a été adjugé au capteur par les tribunaux de son pays comme de bonne prise, et même celui qui, avant d'être soumis à une sentence judiciaire, est demeuré pendant vingt-quatre heures entre ses mains. Si au contraire la reprise est faite moins de vingt-quatre heures après la prise, elle doit être rendue à l'ancien propriétaire, moyennant le droit de recousse au profit du repreneur.

Ces principes étaient exactement observés chez nous quant aux reprises faites par des corsaires. D'après l'ordonnance de 1681 (titre *des Prises*, art. 8) et d'après l'article 54 de l'arrêté du 2 prairial an XI, le droit de recousse était du tiers de la valeur du navire recous et de sa cargaison, lorsque la reprise avait eu lieu moins de vingt-quatre heures après la prise. Le navire repris plus de vingt-quatre heures après la prise appartenait en totalité au corsaire repreneur.

Quant à la reprise opérée par un vaisseau de l'État, il n'y a

jamais lieu qu'à un droit de recousse, et le navire pris est toujours restitué au propriétaire. Celui-ci doit payer aux équipages repreneurs le trentième de la valeur de la reprise, si elle a été faite avant les vingt-quatre heures, et le dixième, si elle a eu lieu après les vingt-quatre heures.

Pour justifier la différence admise entre le cas où la reprise aurait été faite par le capitaine d'un navire armé en course et celui où elle l'a été par un vaisseau de l'État, Martens dit : « La « gloire et le devoir appellent l'officier à combattre l'ennemi « toutes les fois qu'il y va de l'intérêt de son souverain, et « l'honneur est la plus belle récompense de ses travaux et de « ses dangers. Il n'en est pas de même de l'armateur : indiffé- « rent au sort de la guerre, et souvent de sa patrie, il n'a d'autre « amorce que l'avidité du gain, d'autre récompense que ses « prises et les prix attachés par l'État à ses pirateries privilé- « giées. Pour encourager des particuliers à faire les frais consi- « dérables des armements en course, il faut leur présenter « l'appât d'un riche butin, et, en leur prescrivant une modéra- « ration qu'ils se promettent bien de ne point observer, ne pas « les effrayer par des restitutions trop multipliées qu'on leur « imposerait. »

Sans doute, il y a beaucoup de vrai dans le parallèle que fait ici Martens entre l'officier de marine et l'armateur ou corsaire. Toutefois, il est juste de le rappeler, il y a eu des corsaires qui ont glorieusement inscrit leurs noms dans les annales de la marine française : Jean-Bart, Dugay-Trouin, Surcouf, etc.; qui ne connaît leurs brillantes expéditions, et la renommée qu'ils y acquirent? Ajoutons que la marine de l'État ne fait que son devoir en protégeant les nationaux, et il serait monstrueux de l'enrichir à leur détriment. Les armateurs, au contraire, n'entreprenaient leurs expéditions que volontairement et sans solde : on ne devait donc pas les priver d'un gain légitime.

S'il arrivait que l'équipage captif se délivrât lui-même avec le navire, il n'y aurait pas recousse, et l'équipage n'aurait droit qu'à une simple récompense; car en délivrant le navire il a travaillé autant pour lui-même que pour les intéressés au navire et au chargement. La récompense, on le conçoit, devra être proportionnée à la difficulté de l'entreprise et à la valeur de ce qui aura été sauvé.

Si le navire sans être *recous* est abandonné par les ennemis,

ou si par tempête ou autre cas fortuit, il revient en la possession des Français avant d'avoir été conduit dans un port ennemi, il doit être rendu au propriétaire qui le réclame dans l'an et jour; et cela quand même le navire aurait été plus de vingt-quatre heures entre les mains des ennemis (Ordonnance de 1660, art. 9), car il est alors, par faveur, regardé comme *épave* de mer. Si une reprise est faite sur des pirates, il n'y a pas lieu à distinguer si elle a été faite avant ou après les vingt-quatre heures qui suivent la prise. Les pirates n'ayant aucun titre pour acquérir, l'ordonnance de 1681, titre *des Prises*, article 10, décide expressément que les navires et effets repris sur eux peuvent être réclamés par les propriétaires dans l'an et jour, à partir de la déclaration qui aura été faite de la reprise à l'administration de la marine, sauf le payement du simple droit de recousse. Après le délai d'un an, il y a fin de non-recevoir.

Quand un vaisseau allié ou neutre entre dans un port français avec une prise, si cette prise a été faite sur une puissance alliée ou neutre, on ne doit pas la laisser séjourner plus de vingt-quatre heures dans le port (à moins qu'elle n'y soit retenue par nécessité); après les vingt-quatre heures, quelque danger que le navire capteur coure de se voir enlever sa prise, on doit le forcer à l'emmener. Cependant on permet quelquefois au capteur étranger de faire juger la prise par les consuls de son pays et de la faire vendre.

Mais si la prise avait été faite sur nos ennemis, il n'y aurait plus alors aucune raison de l'empêcher de séjourner dans nos ports.

A l'occasion de la déclaration des gouvernements français et anglais du 27 mars 1854, dont nous avons parlé plus haut, les autres nations commerçantes et maritimes de l'Europe, la Suède, la Hollande, la Belgique, voulant, autant qu'il était en elles, suivre l'exemple qui leur était donné, ont, de leur côté, publié des déclarations dictées par le même esprit. Le 8 avril 1854, le roi de Suède a rendu une ordonnance d'après laquelle il n'est permis à aucun corsaire étranger d'entrer dans un port suédois, et de séjourner sur les rades et dans les ports suédois, si ce n'est dans le cas de détresse constatée. — Il est défendu, en outre, à tout sujet suédois d'armer ou d'équiper des navires pour être employés en course contre quelqu'une des puissances belligérantes, leurs sujets ou leurs propriétés, ou de prendre

part à l'équipement de navires ayant une pareille destination.

La Hollande, le 15 avril 1854, la Belgique, le 25 avril 1854, ont aussi, par des déclarations officielles, annoncé que les corsaires portant pavillons quelconques ou munis de commissions ou de lettres de marque quelconques, seuls ou avec les navires qu'ils auraient capturés, ne seront pas admis dans les ports ou dans les embouchures des fleuves de la Hollande ou de la Belgique, si ce n'est en cas de danger de mer imminent; — que, d'ailleurs, les gouvernements néerlandais et belges ne donneront et n'approuveront ni commission ni lettre de marque; qu'ainsi les sujets néerlandais ou belges qui se permettraient d'armer en course, ou de prêter la main à des armements de cette nature, pourront être considérés et traités par les autres peuples comme pirates, et seront exposés à des poursuites devant les tribunaux néerlandais ou belges.

D'après l'ordonnance de 1681, si, sur les prises amenées dans nos ports par des navires de guerre armés sous commission étrangère, il se trouve des marchandises appartenant à des Français, elles doivent leur être rendues, et les autres (ou au moins celles appartenant à des alliés de la France) ne peuvent être mises en magasin ni achetées par aucune personne, sous quelque prétexte que ce soit. C'est à celui qui prétend qu'une marchandise lui appartient à la réclamer, et à fournir la preuve de son droit de propriété. Si le vaisseau était simplement entré avec sa prise dans un de nos ports pour renouveler ses vivres, il ne serait pas obligé de rendre aux Français les effets qui se trouveraient leur appartenir.

§ 10. — *Revendication.*

La déclaration du 22 septembre 1638 permet aux Français de revendiquer leurs marchandises prises sur mer par l'ennemi et introduites depuis en France, même par un étranger, celui-ci fût-il dans l'ignorance que les marchandises étaient françaises et qu'elles avaient été déprédées sur un Français.

C'est là une dérogation fort grave à un principe admis même en droit civil, et qui se recommande surtout en matière commerciale, au principe qu'*en fait de meubles possession vaut titre.* Quel que soit l'intérêt que le législateur ait voulu protéger ainsi, cette disposition est exorbitante.

SECTION III.

Blocus.

Il est aujourd'hui de principe constant que tout neutre a le droit de naviguer des ports d'une des puissances belligérantes aux ports de l'autre, de transporter quelque marchandise que ce soit, même celle de l'ennemi, excepté la contrebande de guerre. Toutefois, cette liberté cesse lorsqu'il s'agit d'une place maritime bloquée par une force navale suffisante pour rendre le blocus efficace ; c'est ce qu'on appelle le blocus *réel*. Cependant l'Angleterre, dans la guerre qu'elle soutint contre la République et l'Empire, avait plus d'une fois cherché à outre-passer les limites du blocus réel en prétendant qu'avec quelques voiles insuffisantes en nombre pour fermer les abords d'une place maritime, elle avait le droit d'en déclarer le blocus : elle ne s'en tint même pas là ; et, en 1806, à l'époque de sa rupture momentanée avec la Prusse, elle osa défendre tout commerce aux neutres sur les côtes de la France et d'Allemagne, depuis Brest jusqu'aux bouches de l'Elbe. Du moment, en effet, qu'elle ne s'arrêtait pas à la seule limite certaine, celle de la présence d'une force effective, il n'y avait plus de raison pour qu'elle n'allât pas jusqu'à frapper d'interdit les côtes entières du globe, sous prétexte de blocus. Aussi cet abus de la force poussé au dernier excès, cette incroyable violation du droit commun suggéra-t-elle à Napoléon l'idée du fameux de décret de Berlin, du 21 novembre 1806, par lequel il déclarait les îles Britanniques en état de blocus...

Pour rendre impossible à l'avenir le retour de ces mesures inexcusables, de ces blocus *sur le papier*, et prévenir les désastreuses conséquences qu'ils entraînaient, les plénipotentiaires réunis au congrès de Paris ont, par l'article 4 et dernier de la déclaration du 16 avril 1856, qui couronne dignement leur œuvre, consacré le principe : « que les blocus, pour être obligatoires, doivent être effectifs, » c'est-à-dire maintenus par une force suffisante pour interdire l'accès du littoral de l'ennemi. Ainsi, comme on voit, à l'abolition de la course, à la reconnaissance des droits des neutres (dont désormais le pavillon couvre la marchandise ennemie, et dont la propriété n'est pas saisissable même sous pavillon ennemi), la déclaration du 16

avril 1856 a ajouté la nécessité du blocus réel pour interdire l'accès d'un port.

Avoir ainsi aboli *la course*, établi le droit des *neutres*, et consacré la doctrine du *blocus effectif*, c'est avoir beaucoup fait pour la liberté des mers : c'est là, disons-le bien haut, un acte mémorable, un notable progrès dans la marche et le développement des relations internationales, un acheminement, enfin, au triomphe complet des principes du droit et de l'humanité; et ce progrès, qui en promet et en prépare un dernier, désormais certain, c'est à l'initiative de la France qu'il est dû.

P. BRAVARD-VEYRIÈRES.

DE L'EFFET DE L'INSCRIPTION HYPOTHÉCAIRE

PRISE PAR UN CRÉANCIER DU VENDEUR APRÈS L'ALIÉNATION,

MAIS AVANT LA TRANSCRIPTION DU CONTRAT DE VENTE.

Par M. DOMENGET, docteur en droit.

En usant de la faculté que leur accordait l'ancien article 834 du Code de procédure, les créanciers du vendeur, antérieurs à l'aliénation, qui faisaient inscrire leurs hypothèques après l'aliénation, mais avant la transcription du contrat de vente ou dans la quinzaine suivante, pouvaient-ils écarter les créanciers hypothécaires de l'acquéreur, alors que ces derniers avaient pris inscription avant eux?

Quid *sous la loi du 23 mars 1855, à l'égard des créanciers du vendeur qui ne font inscrire qu'après l'aliénation, mais avant la transcription?*

Le simple consentement ayant été jugé suffisant, sous le Code Napoléon, pour entraîner l'aliénation des immeubles à titre onéreux, même au regard des tiers, il s'ensuivait que les créanciers hypothécaires du précédent propriétaire, qui n'avaient pas fait inscrire leurs hypothèques avant l'aliénation, avaient perdu tout recours sur l'immeuble destiné à leur servir de gage, et ne pouvaient conséquemment entrer en lutte avec les créanciers hypothécaires de l'acquéreur. C'est ce qui résultait de l'article 2166 du Code Napoléon, qui ne permettait aux créan-

ciers d'exercer le droit de suite qu'autant qu'ils étaient inscrits avant l'aliénation.

Mais l'article 834 du Code de procédure vint à leur secours en les autorisant à faire inscrire leurs droits antérieurs à l'aliénation jusqu'à la transcription du contrat translatif de propriété, et même pendant la quinzaine suivante; et la loi du 23 mars 1855, tout en supprimant le délai de quinzaine après la transcription, a également permis aux créanciers antérieurs à l'aliénation de faire apparaître leurs droits jusqu'à la transcription.

Il s'agit d'expliquer la portée de cette autorisation. Le législateur a-t-il eu pour objet seulement de protéger les créanciers en retard contre les créanciers chirographaires de leur auteur, ou bien a-t-il voulu conserver leurs droits dans leur intégrité, de telle sorte que les créanciers de l'acquéreur, nonobstant leur priorité d'inscription, ne puissent entrer en lutte avec ceux du vendeur, la propriété étant considérée comme non transférée par rapport à eux, tant que la transcription du contrat d'aliénation n'a pas été faite?

La Cour impériale de Bordeaux a, par arrêt du 2 mai dernier, jugé en ces termes, en faveur des créanciers de l'acquéreur, inscrits avant la transcription du contrat de leur auteur, et dans une espèce régie par l'ancien article 834 du Code de procédure :

« Attendu qu'aux termes de l'article 2134 du Code Napoléon « les hypothèques conventionnelles n'ont de rang entre les « créanciers que du jour de leur inscription, et que dans aucun « cas son effet ne peut se reporter à une époque antérieure à « ce jour; que l'on est mal fondé à prétendre que Dumas (le « vendeur) ayant hypothéqué l'immeuble à Gimat avant de re- « vendre à Delfieux, ce dernier n'aurait pu hypothéquer que « sauf le droit hypothécaire déjà concédé;

« Attendu qu'il est, au contraire, certain que si Dumas lui- « même, après avoir consenti une première hypothèque à Gimat, « en avait consenti une seconde à Dupérier (le créancier de « l'acquéreur), celui-ci aurait pu, en se donnant la priorité de « l'inscription, primer l'hypothèque de Gimat. »

Tarrible, *Rép. de Merlin*, v° *Ordre*, § 2, n° 3, et M. Troplong, *Hypothèques*, 1, 4, n° 843, enseignaient aussi, sous le Code de procédure de 1808, que les créanciers personnels de l'acquéreur devaient l'emporter sur les créanciers du précédent propriétaire, inscrits après eux, quoique avant la transcription.

« C'est une règle *invariable* posée par l'article 2134, disait M. Troplong, *qu'entre créanciers* l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. Donc il sera impossible de s'écarter de l'ordre des inscriptions et de donner préférence aux créanciers du précédent propriétaire postérieur en inscription. On oppose que dans ce système il arrivera qu'un tiers détenteur de mauvaise foi pourra créer à profusion des hypothèques, pour paralyser le droit de suite des créanciers du précédent propriétaire non inscrits au moment de la vente. Cette objection n'est pas même proposable. Dans le système qui a présidé à la rédaction de l'article 2177, le créancier du précédent propriétaire, non inscrit lors de l'aliénation, ne pouvait plus prendre incription; son hypothèque était éteinte et il rentrait dans la masse chirographaire. Il n'avait donc rien à disputer aux créanciers inscrits du tiers détenteur. L'article 834 a permis de s'inscrire dans la quinzaine de la transcription; *mais il va sans dire* que c'est à la charge que ces nouvelles inscriptions ne prendront rang qu'après celles qu'elles trouveront dans un rang plus ancien. Soutenir le contraire serait une erreur radicale. Il suit de là que l'article 834 n'a pas amélioré le sort des créanciers non inscrits lors de la vente dans leurs rapports avec les autres créanciers déjà inscrits à cette époque. En quoi donc l'article 834 leur a-t-il porté secours? D'abord en ce qu'ils auront préférence sur les simples chirographaires; *ensuite en ce qu'ils auront droit de suite*, c'est-à-dire qu'ils pourront suivre l'immeuble ès mains du tiers détenteur (ce qu'ils n'auraient pu faire sous le Code Napoléon), l'en déposséder et le faire vendre publiquement. Que veut-on dire par conséquent quand on vient soutenir que le *droit de suite* sera paralysé? Y a-t-on bien réfléchi? *Ne confondrait-on pas le droit de suite avec le droit de préférence?* Ignore-t-on que le droit de suite appartient au dernier inscrit comme au premier? Si l'on trouve extraordinaire que le créancier du tiers détenteur plus ancien en inscription ait préférence sur le créancier du précédent propriétaire, dont l'inscription est postérieure, je réponds que je m'étonnerais fort qu'il en fût autrement. Oublie-t-on que ce sont les inscriptions qui font la base de la confiance publique? Quoi donc, un créancier de Pierre, tiers détenteur, aura prêté ses fonds par la seule considération qu'il n'aura pas trouvé d'inscription prise par les créanciers du précédent propriétaire; il

aura accepté avec assurance l'hypothèque que Pierre lui aura donnée; il l'aura fait inscrire premier en date, et l'on voudrait que des créanciers porteurs d'inscriptions postérieures vinssent lui ravir ses droits? »

Dans son commentaire sur la transcription, nos 163 et 168, le même auteur enseigne que sous la loi nouvelle on doit décider comme sous le Code de procédure. « Ainsi, dit-il, n° 163, celui qui a fait un contrat de la nature de ceux énumérés dans l'article 1er ou l'article 2 de notre loi ne peut opposer à un rival le défaut de transcription que s'il a lui-même transcrit son contrat. De même, le créancier hypothécaire doit avoir pris inscription pour argumenter du même moyen contre un adversaire qui tient ses droits de l'auteur commun. » « La solution n'est pas moins claire, dit encore le savant magistrat, n° 168, si Primus, au lieu de vendre à Secundus, lui confère une hypothèque. Il est manifeste qu'en se faisant inscrire lorsque Tertius s'endort dans le non-exercice de son droit et le laisse inconnu au tiers, Secundus se sera rendu préférable à Tertius. »

Quoique à notre connaissance il n'existe aucun arrêt rendu sur la question sous l'empire de la loi de 1855, nous avons quelques raisons de penser que la jurisprudence serait disposée à accueillir cette manière de voir.

En effet, la loi nouvelle n'a fait que reproduire les termes de celle de brumaire an VII, en ce qui concerne les effets de la transcription. L'article 47 de cette dernière loi portait : « Si la transcription des mutations n'est faite qu'après l'expiration des trois mois qui suivront la publication de la présente, l'immeuble qui en est l'objet demeure grevé des charges et hypothèques consenties par les précédents propriétaires avant leur expiration, *et qui seraient inscrites avant cette transcription.* » L'article 26 était ainsi conçu : « Les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèques doivent être transcrits et *ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur*, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » L'article 1er de la loi de 1855 veut qu'on transcrive tout acte translatif de propriété, et l'article 3 ajoute : « Jusqu'à la transcription les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents *ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble*, et qui les ont conservés en se conformant aux lois. » Enfin aux termes de l'article 6 :

« A partir de la transcription, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque ne peuvent prendre *utilement* inscription sur le précédent propriétaire. »

Or, nonobstant les termes de la loi de l'an VII, deux Cours d'appel, celle d'Aix, par arrêt du 15 pluviôse an XIII, et celle de Grenoble, par arrêt du 9 mars 1831, avaient décidé que le créancier hypothécaire du vendeur, quoique inscrit avant la transcription, devait être primé par un créancier de l'acquéreur inscrit avant lui. Et un arrêt de rejet rendu sur le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'Aix avait également jugé *qu'en subordonnant absolument à l'inscription* le rang qu'avait dû conserver l'hypothèque du demandeur, la Cour s'était exactement conformée aux dispositions de la loi.

Les mêmes raisons pourraient évidemment triompher aujourd'hui.

Il y a donc lieu d'en examiner le mérite.

A ne consulter que l'équité, le système de M. Troplong n'est guère acceptable. Supposez, en effet, que le 1er mars, à 8 heures du matin, je prête 10,000 francs à Paul, qui est propriétaire de l'immeuble A, sur lequel il me confère un droit d'hypothèque. Une heure après Paul vend à Jacques ce même immeuble. Jacques, muni de son contrat enregistré, va trouver Pierre et lui dit : Prêtez-moi 25,000 francs, en garantie desquels je vous offre une hypothèque sur l'immeuble A, que j'ai acquis de Paul. Pierre prête son argent et va en toute hâte requérir inscription. Je vais moi-même au bureau des hypothèques, où je ne peux arriver qu'un instant après Pierre, à cause de l'éloignement de ma demeure. D'après M. Troplong, je devrai cependant subir le concours de Pierre, car son inscription étant du même jour que la mienne doit avoir le même rang, si l'on applique l'article 2134 du Code Napoléon; et pourtant je n'ai aucune négligence, aucune faute à m'imputer, tandis que Pierre a agi tout au moins avec légèreté en ne s'assurant pas que celui qui voulait emprunter de lui avait accompli la formalité qui, d'après la loi, peut, seule, arrêter le cours des inscriptions.

Je suis peu touché, je l'avoue, du motif que donne la Cour de Bordeaux que le vendeur aurait pu conférer une seconde hypothèque qui, inscrite la première, aurait primé celle du créancier le plus ancien; car ce créancier était averti qu'il avait ce danger à craindre, tandis que, au contraire, la loi lui disait

qu'en cas d'aliénation il pouvait *utilement* s'inscrire jusqu'à la transcription.

Poursuivons. Admettez que je me suis fait inscrire immédiatement après avoir traité avec mon débiteur, et que ce dernier ayant vendu une heure après, son acquéreur consente une ou plusieurs hypothèques qui sont inscrites le même jour que la mienne. La théorie que nous combattons veut le concours au marc le franc entre ces créanciers et moi. Quel compte tient-on de la justice en pareille occurrence?

Mieux encore. Pendant que le notaire me délivre l'expédition du contrat hypothécaire qui m'a été consenti, mon débiteur va passer un acte de vente au profit d'un acquéreur qui est mari ou tuteur, et qui en sa qualité est soumis à une hypothèque légale. Cette hypothèque concourra avec la mienne dans le système de M. Troplong, quoique je n'aie commis aucune négligence et que j'aie requis inscription aussitôt que mon expédition a été prête.

Mais allons plus loin. Supposez que deux acquéreurs aient acheté de mon débiteur et qu'ils aient partagé le même jour, que l'un d'eux ait fait inscrire son privilége de copartageant dans la même journée ou même plus tard, pour une soulte qui lui serait due; il devra m'être préféré, car sa créance l'emporte par sa qualité sur les créances hypothécaires.

Il nous semble qu'avant d'admettre de pareilles conséquences, il faut bien s'assurer que le législateur a positivement entendu les consacrer, et qu'on devra les écarter si les principes le permettent.

Or, quels sont les principes?

Chacun sait que les créanciers hypothécaires ont deux droits distincts sur l'immeuble qui leur sert de gage : le *droit de préférence* et le *droit de suite*. Le premier, consacré par l'article 2134 du Code Napoléon, s'exerce sur le prix, ne concerne que les créanciers dans leurs rapports entre eux, et reste dès lors étranger aux tiers acquéreurs et à leurs ayants droit. Le second, écrit dans l'article 2166 même Code, s'exerce sur l'immeuble et intéresse particulièrement les créanciers dans leurs rapports avec les tiers acquéreurs de l'immeuble grevé de leurs créances, ou avec leurs ayants cause. Par le premier, chaque créancier prend rang à la date de son hypothèque, suivant cette maxime : *qui prior est tempore, potior est*

jure. Par le second, au contraire, tous les créanciers, chacun selon leur rang, du précédent propriétaire, doivent être colloqués avant tous les créanciers de l'acquéreur, *quelque privilégiés qu'ils soient;* car, dit Pothier, *De l'hypothèque,* chapitre II, section 3, ce dernier propriétaire n'a pu succéder à son auteur à l'héritage qu'avec la charge de toutes les hypothèques dont il se trouvait déjà chargé par son auteur; et comme il n'a pu transférer sur cet héritage, à ses propres créanciers, plus de droits qu'il n'en avait lui-même, il n'a pu le leur hypothéquer *qu'à la charge et après toutes les hypothèques de son auteur*.

L'article 2177 du Code Napoléon consacre la même règle en ces termes : « Les créanciers personnels du tiers détenteur, « *après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires*, exercent leur hypothèque à leur rang, sur le bien dé« laissé ou adjugé. »

Pourquoi Pothier voulait-il qu'il en fût ainsi, et pourquoi le législateur de 1804 avait-il admis le même principe? Évidemment parce que dans le conflit qui s'établit entre ceux qui ont des droits réels sur l'immeuble avant l'aliénation et ceux qui en ont reçu de l'acquéreur, les premiers tendent à faire considérer comme étant resté dans la possession de leur débiteur, au moins quant à eux, un gage qui n'a pu passer à d'autres que grevé des charges antérieures, parce que l'acquéreur l'a ainsi reçu et n'a pu transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même. En d'autres termes, les créanciers du vendeur n'invoquent à l'égard de l'acquéreur ou de ses ayants cause qu'un droit de suite et non un droit de préférence, à la différence des créanciers de l'acquéreur qui ne font valoir qu'un droit de préférence. Les premiers n'ont aucun besoin de recourir à l'article 2134 pour écarter les seconds; il leur suffit de l'article 2166.

Ainsi, personne ne peut contester qu'alors que les créanciers du vendeur sont inscrits avant l'aliénation, par l'exercice du droit de suite, ils écartent tous les créanciers de l'acquéreur, quels qu'ils soient, privilégiés ou non.

Eh bien! pourquoi en serait-il autrement dans l'hypothèse où l'inscription des créanciers du débiteur originaire serait postérieure à l'inscription des créanciers de l'acquéreur qui pouvaient si facilement se convaincre qu'il n'avait pas transcrit

son contrat, si d'ailleurs les créanciers du vendeur ont fait apparaître leur droit dans le délai final qui leur est imparti?

Est-ce que le législateur a distingué deux droits de suite? Est-ce qu'il a dit que le droit de suite serait moindre lorsqu'il serait exercé en vertu de l'article 834 du Code de procédure, ou de l'article 3 de la loi du 23 mars 1855, que lorsqu'il le serait en vertu de l'article 2166 du Code Napoléon? Est-ce qu'il a dit qu'il dégénérerait en simple droit de préférence? Est-ce que ses dispositions ont eu pour objet de sauvegarder les droits des créanciers du vendeur, à l'encontre les uns des autres? N'a-t-on pas entendu, au contraire, les prémunir contre le danger des aliénations que pouvait faire leur débiteur? Si ce dernier résultat est celui qu'on a voulu atteindre, peut-on soutenir de bonne foi que la théorie que nous combattons satisfait à l'expression de cette volonté?

C'est une règle *invariable*, dit M. Troplong, qu'entre créanciers l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription, et la Cour de Bordeaux reproduit son argument; mais c'est là une pétition de principe, c'est résoudre la question par la question, car il s'agit avant tout d'établir que cette règle reçoit son application vis-à-vis des créanciers de l'acquéreur et qu'elle n'est pas subordonnée à cette autre règle que les créanciers du débiteur originaire peuvent faire considérer comme resté dans le patrimoine de leur débiteur l'immeuble qui leur sert de gage. Or, cette preuve, on ne la fait pas, on ne peut pas la faire, car il est de principe que les droits consentis par l'acquéreur sont subordonnés aux droits réels qui existaient sur la chose avant l'aliénation. Quand il s'agit de régler le sort des créanciers du même débiteur, la date règle le concours, et c'est pour ce cas qu'il est dit *qu'entre créanciers* l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription; mais il en est autrement entre les créanciers qui n'ont pas le même propriétaire pour obligé (Pothier, *De l'hypothèque*, sect. 3).

M. Troplong se prévaut de ce que, d'après le Code Napoléon, l'aliénation suffisait pour paralyser le droit de s'inscrire et en conclut que, sous ce Code, les créanciers hypothécaires rentraient dans la classe des simples chirographaires, par cela seul qu'ils n'étaient pas inscrits auparavant; il ajoute qu'il *va sans dire* que le droit de s'inscrire jusqu'à la transcription et même quinzaine après, que leur accordait le Code de procédure,

ne leur donnait que la possibilité de se faire préférer aux simples chirographaires de leur débiteur, et de suivre l'immeuble dans les mains du tiers détenteur et de le faire vendre au profit des créanciers de *l'acquéreur*. Nous répondons : Il est bien vrai que, d'après la jurisprudence, sous le Code Napoléon, l'aliénation seule arrêtait le cours des inscriptions sur le précédant propriétaire; mais il est bien vrai aussi que, d'après la loi, telle qu'elle avait été votée, il n'en devait pas être ainsi, car il existait un article 91 du projet, destiné à faire suite à l'article 2108 actuel, et d'après lequel, au regard des tiers, la propriété n'était transférée qu'autant que l'acte de vente avait été transcrit (Locré, *Procès-verbaux du Conseil d'État*, t. XVI, p. 283, et Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XV, p. 386). Si la disparition de cet article du texte promulgué a pu amener la jurisprudence à regarder la transcription comme inutile à l'effet de transférer la propriété à l'égard des tiers, et par suite à faire considérer les créanciers du vendeur comme rentrés dans la classe chirographaire, alors qu'ils n'avaient pas fait inscrire avant l'aliénation, toujours est-il qu'on ne peut pas considérer le législateur de 1804 comme ayant clairement manifesté l'intention de subordonner les créanciers du vendeur à ceux de l'acquéreur, puisqu'il avait voté une disposition en sens contraire et qu'on ne sait pour quelle cause cette disposition ne se trouve plus dans la loi. Quand donc l'article 2177 porte que les créanciers du tiers détenteur passent après ceux du vendeur, auxquels il avait conféré des droits réels, si l'on est amené à dire qu'on ne peut, sous cet article, protéger que ceux dont l'inscription existait avant l'aliénation, on est bien obligé de convenir que, dans sa pensée, le législateur entendait qu'il en fût autrement, et que si cette pensée ne peut pas prévaloir sur le texte qui a été édicté, toujours est-il qu'elle nous reste comme un préjugé favorable aux créanciers inscrits avant la transcription. Par suite, quand, en 1808, le Code de procédure, ressaisissant la pensée qui avait été confisquée par le texte du Code Napoléon, vint rendre le droit de suite aux créanciers antérieurs à l'aliénation qui s'inscrivaient avant la transcription, et même à ceux qui ne s'inscrivaient que dans la quinzaine suivante, on dut accorder ce droit de suite dans son entier, et non le restreindre de manière à le rendre presque toujours inutile; on n'aurait pu agir ainsi que si, en 1808, le législateur avait nettement ex-

primé une semblable restriction, chose qu'il n'a pas faite, et qu'on ne soutient même pas qu'il ait voulu faire.

M. Troplong reproche enfin au système que nous soutenons de confondre le *droit de suite* et le *droit de préférence*. Nous en demandons bien pardon à l'illustre magistrat, mais qu'il soit permis de le dire, c'est certainement lui qui fait ici la confusion qu'il nous attribue. Nous prétendons et nous avons établi, avec Pothier, que par le droit de suite le créancier tend à faire considérer comme n'existant pas par rapport à lui, d'abord toute aliénation postérieure à son inscription, ensuite toutes les charges conférées par un acquéreur contre lequel il poursuit son gage. Ce n'est pas une préférence qu'il réclame à l'encontre des créanciers de l'acquéreur, c'est une reprise de la chose qu'il veut exercer, c'est une exclusion qu'il veut faire prononcer contre eux tant qu'il ne sera pas satisfait, tellement que, même de l'aveu de nos adversaires (dans le cas où son inscription a précédé l'aliénation), il primera, *lui simple hypothécaire*, les créanciers *privilégiés* de l'acquéreur. Or en serait-il ainsi dans le cas où ce créancier tendrait à un simple droit de préférence? Évidemment non, puisque toute créance privilégiée prend rang d'après sa qualité et non d'après la date de son inscription. Le droit de suite est donc un espèce de résolution, par rapport à celui qui l'exerce, et de l'aliénation faite au profit de l'acquéreur, et des charges que ce dernier peut avoir consenties. On ne peut donc pas lui opposer l'article 2134 du Code Napoléon, mais seulement l'article 2177 du même Code, tel qu'il est expliqué par le Code de procédure et par la loi de 1855. M. Troplong veut appliquer l'article 2134 dans notre hypothèse; il considère les créanciers du vendeur comme voulant exercer un droit de préférence; c'est là une erreur échappée à sa haute sagacité. Le droit de préférence ne s'exerce qu'*entre créanciers d'un même propriétaire*, ainsi que le dit Pothier, section 3 de son *Traité de l'hypothèque*. La seule difficulté qui reste est donc de savoir si l'inscription prise *utilement* avant la transcription ne laisse au créancier qu'un droit de suite mutilé, et sans effet dans la plupart des cas. Or nous avons déjà vu qu'il n'en saurait être ainsi et qu'il n'y a qu'un droit de suite comme il n'existe qu'un droit de préférence.

Mais c'est surtout par la loi nouvelle que la doctrine de M. Troplong nous paraît condamnée. L'article 3 dit, en effet,

que les actes translatifs de propriété doivent être transcrits et ne peuvent être opposés *aux tiers* qui auraient contracté avec le vendeur. Peut-on nier que les créanciers hypothécaires du vendeur sont des tiers? On ne l'essaye même pas. Comment donc peut-on les écarter? Est-ce en vertu des termes finaux de cet article, qui ne protégent les créanciers du vendeur qu'autant qu'ils se sont conformés aux dispositions de la loi? Mais quelles sont ces dispositions? La principale, quant aux créanciers du vendeur, c'est de s'être inscrit avant la transcription. Nous supposons qu'ils l'ont fait : ils doivent, en conséquence, exercer leur droit de suite de la même manière que s'ils s'étaient inscrits avant l'aliénation; car, nous le répétons, la loi ne dit pas que ce droit de suite est amoindri, et l'on n'a que faire, dans l'espèce, de l'article 2134 du Code Napoléon, qui est fait pour un tout autre cas.

M. Paul Pont, *Priviléges et hypothèques*, n° 1217, émet une opinion conforme à la nôtre, sous l'empire de la loi nouvelle. MM. Persil, Berriat Saint-Prix et Dalloz se prononçaient dans le même sens sous le Code de procédure de 1808. Ce dernier auteur soutient la même thèse dans la deuxième édition de son *Répertoire*, v° *Priviléges et hypothèques*, n° 1722.

DOMENGET.

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE L'INSTRUCTION CRIMINELLE

OU

THÉORIE DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE,

Par M. Faustin Hélie,
conseiller à la Cour de cassation, membre de l'Institut.

Compte rendu par M. Paul Pont,
conseiller à la Cour impériale de Paris.

M. Faustin Hélie a commencé, en 1845, sur la partie la plus difficile et la plus importante de notre législation criminelle, un

livre auquel, après quinze ans de soins et de travaux persévérants, il vient de mettre la dernière main. L'œuvre est complète désormais; nous avons enfin, et nous devons à l'un de nos grands criminalistes, un Traité général de l'instruction criminelle, un livre où chacun des points tenant à l'action judiciaire ou à la forme de procéder, c'est-à-dire à ce qu'il y a de plus essentiel dans la législation répressive, est approfondi, discuté, commenté avec tous les développements qu'on pourrait demander à une étude spéciale et détachée, ou à une monographie.

Ce livre, le seul aujourd'hui qui embrasse l'instruction criminelle dans toutes ses parties, est de ceux qui par leur combinaison même et par leur étendue échappent à l'analyse; mais au moins peut-on dire quelle en a été la marche et quels en sont les éléments; c'est le moyen d'en faire apercevoir tout d'abord l'importance et la savante harmonie.

Le premier volume, comme je l'ai dit, date de l'année 1845. Introduction magnifique à une œuvre qui se place parmi les plus belles de notre temps, ce volume tout entier est consacré à l'*Histoire de la procédure criminelle*. L'auteur y décrit les formes des institutions judiciaires et de la procédure en matière criminelle : 1° dans la législation attique; 2° dans le droit romain; 3° dans la législation des capitulaires sous les deux premières races; 4° dans les coutumes féodales et sous la législation antérieure à l'ordonnance de 1539; 5° sous le régime des ordonnances de 1539 et de 1760; 6° dans la législation de 1791 et de l'an IV; et puis il apprécie et détermine, à l'aide de ces éléments, la valeur scientifique du Code d'instruction criminelle qu'il se propose de commenter.

Le commentaire vient ensuite. M. Faustin Hélie, s'attachant au plan même du législateur et adoptant ainsi la classification la plus méthodique assurément et la plus complète des matières de la procédure criminelle, divise son sujet en huit parties, auxquelles il consacre les huit volumes qui ont été successivement publiés après l'Introduction historique.

Les règles relatives à l'action publique et à l'action civile remplissent la première partie. Ces actions, selon l'expression de l'auteur, sont placées au seuil de la procédure comme pour en garder l'entrée. Elles ont donc besoin d'être étudiées d'une manière toute spéciale; et, comme c'est par elles seulement, par leur moyen ou leur puissance, qu'il est possible de procéder

à un acte de la procédure, il est indispensable de savoir avant tout quelle est leur nature, quand, comment et par qui elles peuvent être exercées, et quelles sont les conditions qui en règlent l'exercice. Deux volumes sont consacrés à l'étude de ce vaste sujet : dans le premier, qu'il a publié en 1846, l'auteur détermine les caractères généraux de l'action publique et de l'action civile, précise les droits distincts du ministère public, des Cours impériales, de certaines administrations publiques, du ministre de la justice, des parties civiles, pour la mise en mouvement et l'exercice de ces actions, et trace le cercle dans lequel elles peuvent se mouvoir en indiquant les faits auxquels elles s'appliquent; dans le second, qui a paru en 1848, l'auteur, recherchant successivement les causes de suspension et les causes d'extinction des actions qu'il a définies dans le volume précédent, traite : sous le premier rapport, des délits qui ne peuvent être poursuivis que sur la plainte des parties lésées, des cas dans lesquels l'action est suspendue par une question préjudicielle, des personnes à l'égard desquelles la poursuite est subordonnée à la question d'une autorisation; et, sous le second rapport, de l'effet du décès du prévenu sur l'action, des formes dont l'omission entraîne l'extinction de l'action, des actes qui constituent la chose jugée, des cas dans lesquels la transaction peut faire obstacle au procès, des règles relatives à la prescription, et des effets de l'amnistie sur l'exercice de l'action.

Après cette étude approfondie sur l'un des points les plus importants du sujet, l'auteur aborde la procédure criminelle qu'il va suivre dans les trois périodes qu'elle comporte ou dans ses trois phases distinctes : la *police judiciaire*, l'*instruction*, le *jugement*. C'est la matière de plus de cinq volumes qui embrassent les deuxième, troisième, quatrième, cinquième et sixième parties du Commentaire.

La police judiciaire a pour mission spéciale de préparer les éléments de l'instruction, en recherchant les traces du crime ou du délit et les agents qui l'ont commis. Cette matière est infiniment plus vaste qu'elle ne paraît à la première vue : non-seulement il y a à déterminer les droits et les attributions de chacun des agents qui participent à l'action de la police judiciaire, soit d'une manière générale, soit d'une manière spéciale, mais encore il faut préciser et définir les actes que ces agents

peuvent accomplir, les mesures qu'il leur est permis de prendre et les formalités qu'ils doivent remplir. M. Faustin Hélie, appréciant à leur juste valeur, l'importance et la portée de cette procédure préparatoire, consacre un volume entier à l'expliquer dans son ensemble et à l'éclairer dans chacun de ses détails.

Le tome IV, publié en 1851, contient, en effet, un véritable traité de la police judiciaire, un traité dans lequel, après avoir exposé l'organisation générale de la police judiciaire, établi les titres de chacun des agents qui participent à l'action et déterminé les règles de leur compétence, l'auteur recherche quels actes ces agents peuvent accomplir dans l'exercice de leurs fonctions et quelles formes ils doivent observer, ce qui l'amène à traiter successivement : des rapports et procès-verbaux, de la saisie des choses en délit, des différentes mesures qui sont la conséquence du droit de recherche; enfin, des pouvoirs extraordinaires que les agents de la police judiciaire exercent dans le cas de flagrant délit.

L'action de la police judiciaire, bien qu'elle tienne à la procédure criminelle, n'est pas encore la procédure criminelle. Celle-ci commence réellement à *l'instruction*, ou information préalable, dont la mission spéciale est de rassembler les indices et les preuves, et puis de donner au fait incriminé la qualification qui détermine la compétence. L'instruction présente ainsi deux phases à chacune desquelles correspond un volume dans la publication de M. Faustin Hélie; le cinquième, publié en 1853, où il est traité de l'instruction proprement dite, c'est-à-dire des fonctions du juge d'instruction; et le sixième, publié en 1855, qui a pour objet l'examen préliminaires de l'instruction, ce qui comprend l'appréciation des indices et des preuves recueillis par l'instruction, la détermination du caractère juridique des faits constatés, et la désignation, s'il y a lieu, de la juridiction compétente pour en connaître et les juger.

Je ne sais rien de plus complet ni de mieux rempli que ces deux volumes, qu'à bon droit on peut appeler le guide, et, en quelque façon, le *Vade mecum* du juge d'instruction. L'organisation du juge d'instruction, le mode suivant lequel il est nommé, prorogé, remplacé, récusé, son abstention et sa responsabilité; les attributions générales du juge d'instruction, son droit d'informer, ses rapports avec le ministère public, son droit de requérir la force publique, les voies de recours ou-

vertes contre ses ordonnances; la compétence du juge pour la poursuite et l'instruction avec les immunités accordées à certaines personnes; les dénonciations et les plaintes avec le sens de la maxime : *Unâ viâ electâ non datur recursus ad alteram;* le système général des preuves; la constatation judiciaire, les transports, les visites domiciliaires, la saisie des pièces de conviction; l'audition des témoins et sa forme, ainsi que les dispenses et la sanction établie par la loi; la preuve littérale, et notamment en matière de faux; la preuve par experts, et les caractères généraux de la mission des experts; les commissions rogatoires; l'interrogatoire des accusés, sa forme, son but, les effets de l'aveu et sa divisibilité; l'arrestation et la théorie des mandats de comparution, d'amener, de dépôt et d'arrêt; la liberté provisoire et le cautionnement; la clôture de la procédure écrite; les formes de la mise en prévention et de la mise en accusation; les règles de cette procédure préparatoire; les attributions diverses des anciennes chambres du Conseil, supprimées ou remplacées par la loi du 17 juillet 1856, et celles des chambres d'accusation; enfin, les principes qui régissent la compétence des différentes juridictions criminelles : telles sont les matières explorées par l'auteur dans ces deux volumes.

Et après ce tableau remarquable à tous égards de l'information préalable, il arrive à la dernière période de la procédure criminelle : au *jugement*. Ici s'ouvre une voie nouvelle. La procédure désormais poursuit un autre but; car ce ne sont plus des indices et des présomptions, mais bien des preuves qu'elle demande : elle revêt d'autres formes, car de secrète qu'elle était elle devient publique, d'écrite elle devient orale, et en outre elle prescrit, et dans toutes les accusations criminelles elle ordonne qu'un conseil assiste le prévenu ou l'accusé qui en avait été privé jusque-là. Ces règles nouvelles s'appliquent aux trois juridictions communes instituées pour la répression des trois classes d'infractions punies par la loi : c'est-à-dire aux *tribunaux de simple police*, aux *tribunaux correctionnels*, aux *Cours d'assises*. Mais dans quelles mesures et suivant quelles formes s'appliquent-elles à chacune de ces juridictions? M. Faustin Hélie précise tout cela dans les trois derniers volumes de son œuvre.

Le septième volume, publié en 1857, et une partie du volume

suivant, publié en 1858, sont consacrés à l'organisation et à la compétence des tribunaux de police et des tribunaux correctionnels, et aux formes de procéder devant ces tribunaux. Dans la première partie, l'auteur examine successivement : l'organisation des tribunaux de police, les droits du pouvoir réglementaire, les attributions des juges et les principes qui régissent leur compétence, les formes de la poursuite des contraventions, les incidents du débat, la forme des jugements, les voies de recours qui peuvent être employées contre les jugements. Dans la seconde, il traite de l'organisation des tribunaux de police correctionnelle, soit en première instance, soit en appel, de leurs attributions générales et des règles de leur compétence, des formes de la poursuite qui leur sont propres, des formes de l'instruction faite à leurs audiences, des règles relatives à leurs jugements, de l'appel, des incidents qui s'y rattachent et de l'instruction qui s'y applique.

Le huitième volume et une partie du neuvième, publié en 1860, contiennent tout ce qui est relatif à l'organisation, à la compétence et à la procédure des Cours d'assises. C'est ici seulement que la procédure criminelle se produit dans tout son développement. La procédure des tribunaux de police et des tribunaux correctionnels, dont la compétence est restreinte, consiste en quelques règles simples, en quelques formes rapides appropriées à la nature des affaires qui y sont portées; mais devant la Cour d'assises, qui est investie de la plénitude de juridiction, la procédure criminelle, selon l'expression de l'auteur, présente, dans leur plus large application, toutes les garanties qui peuvent sauvegarder la justice, toutes les facultés que l'accusation et la défense peuvent exercer pour faire luire la vérité, tous les moyens de faire jaillir des débats une lumière utile. M. Faustin Hélie traite ce point important entre tous avec une supériorité marquée : c'est une des parties les plus remarquables de son remarquable Commentaire.

Après avoir exposé et suivi dans tout son développement ce qui a trait à l'organisation et à la compétence des Cours d'assises, ainsi qu'à la composition du jury, l'auteur détermine et définit les attributions du président, des juges assesseurs, des jurés et greffiers, et les attributions du ministère public, de la partie civile et de la défense; puis il traite *in extenso* de la procédure antérieure aux débats, des formes générales de la

procédure des assises, de l'ouverture des débats, de l'audition des témoins, des preuves diverses qui peuvent être produites dans le cours des débats, des incidents de l'audience, de la clôture des débats, de tout ce qui se rattache à la position des questions au jury, à la délibération et à la déclaration des jurés, et enfin de la procédure postérieure à la déclaration du jury, c'est-à-dire la délibération et l'arrêt de la Cour d'assises, le règlement des intérêts civils et le procès-verbal des débats.

Arrivé à ce point, l'auteur a parcouru les trois périodes distinctes qu'embrasse la procédure criminelle, et il a donné le commentaire le plus développé que l'on puisse imaginer sur l'objet des six premières parties de son ouvrage. Mais l'œuvre n'est pas achevée : restent les deux dernières parties, dont l'une s'applique aux voies de recours contre les jugements, et dont l'autre se réfère au mode d'exécution des condamnations et aux causes qui suspendent cette exécution. La fin du neuvième et dernier volume est consacrée à ces détails, qui embrassent : le pourvoi en cassation et tout ce qui s'y rattache, c'est-à-dire la procédure devant la Cour de cassation, les ouvertures à cassation, la cassation et le renvoi, les demandes en révision, les règlements de juges et les renvois d'un tribunal à un autre, enfin les mesures d'intérêt général et de sûreté générale, ce qui comprend l'exécution des jugements et arrêts, la réhabilitation et la prescription des peines.

J'ai pu, en retraçant le cadre de cette œuvre capitale, faire pressentir comment les innombrables détails de ce sujet immense y rentrent et viennent s'y ranger dans un ordre parfait. Mais ce que la description la plus minutieuse ne saurait faire apercevoir, ce sont les qualités éminentes qui font du *Traité de l'instruction criminelle* une œuvre à part et supérieure, non pas seulement à ce que nous avons déjà sur la matière, mais encore à ce que l'auteur lui-même avait écrit jusqu'ici.

Je pense, en effet, et tout lecteur attentif pensera sans doute avec moi, qu'il y a, dans cette dernière publication de M. Faustin Hélie, une valeur scientifique que ses travaux antérieurs, quelque remarquables qu'ils soient d'ailleurs, ne présentent pas au même degré. Les vues générales y ont plus d'ampleur; l'histoire et la philosophie, toujours dominantes, y entrent avec plus de méthode et d'à-propos; les notions juridiques y sont plus complètes et plus sûres; les aperçus s'y produisent avec

plus de sagacité; les tendances elles-mêmes y sont sagement modifiées, en ce sens que si l'auteur reste animé de cet esprit généreux qui a inspiré toutes ses publications, il ne s'y abandonne du moins que dans une certaine mesure et avec la réserve qu'une étude plus attentive des faits ne pouvait manquer d'imposer à sa haute intelligence.

Du reste, ce progrès incontestable, à mes yeux, a sa cause et son explication, non pas seulement dans l'expérience plus grande de l'auteur, dans les ressources d'un esprit mieux assis et plus mûr, mais encore et surtout dans les enseignements si précieux qu'il a dû retirer de son concours aux travaux de la chambre criminelle de la Cour de cassation, et en particulier de son contact avec M. Laplagne-Barris, ce magistrat éminent qui a présidé cette chambre avec une si juste et si légitime autorité, et qui apportait dans les délibérations, avec le secours de sa science profonde, l'autorité puissante du président Barris, dont mieux que personne il pouvait transmettre les savantes leçons. La cause et l'explication du progrès se trouvent encore dans l'importance même et les difficultés du sujet. Tant que M. Hélie s'en est tenu au commentaire de la loi répressive proprement dite, son domaine a été nettement circonscrit comme celui du législateur; la loi pénale se borne, en effet, à définir les délits et à déterminer la peine dont l'agent est passible; en sorte que le problème, dans cet ordre d'idées, consiste uniquement à ranger parmi les délits les seules actions qui en ont le caractère, et à poser avec exactitude la mesure de la répression. C'est tout autre chose en matière de procédure criminelle. Ici, la situation est complexe; il s'agit d'établir un système de garanties qui protége à la fois deux intérêts distincts, et pour ainsi dire contraires : l'intérêt des accusés, qui, en dehors de formes précises et complètes, seraient à la merci du juge et livrés à un arbitraire devant lequel la défense pourrait n'être qu'un droit sans réalité; l'intérêt de la société, à la sûreté de laquelle il importe que les délits soient promptement réprimés, et qui manquerait le but ou n'y tendrait qu'à l'aveugle, si l'action de la justice n'était réglée par une forme de procédure sagement prévoyante et sûrement arrêtée. Le concours de ces deux intérêts et la nécessité de les concilier donnent aux lois de procédure criminelle une importance que les lois pénales ne présentent pas au même degré; surtout, ils en compliquent

les éléments d'une manière notable, et par cela même ils rendent plus difficile de beaucoup la tâche du commentateur. Plus que personne, M. Faustin Hélie a dû avoir conscience de cela; en se mettant en présence du Code d'instruction criminelle, il ne pouvait manquer de voir les difficultés extrêmes qu'il allait rencontrer; il les a vues en effet, il les a vaincues avec bonheur, et comme il lui a été donné de se maintenir toujours à la hauteur du sujet, l'œuvre qu'il a composée s'est trouvée supérieure à celles qu'il avait publiées antérieurement.

Aussi, je n'étonnerai personne en disant que cette œuvre, la seule aujourd'hui qui embrasse, dans toutes ses parties, cette matière si importante et si vaste de la procédure criminelle, est de celles qui marquent profondément dans la science, en même temps qu'elles en classent l'auteur parmi les écrivains qui l'ont fécondée. Une élévation d'idées qui plane sur toutes les parties du sujet, une critique impartiale qui puise dans le passé la juste appréciation des institutions actuelles et le germe des réformes à venir, une méthode toujours sûre qui, embrassant tous les éléments de la loi, les coordonne et les rattache à un centre commun; l'examen approfondi des questions et des textes, l'étude de la loi par une jurisprudence dont l'auteur, même quand il la combat, ce qui lui arrive parfois, fait connaître tous les monuments : voilà ce que je remarque dans ce beau *Traité de l'instruction criminelle*, considéré dans l'ensemble. Et puis, quand je pénètre dans les détails, je ne puis trop louer l'abondance des moyens, l'ordre et la fermeté des déductions, la netteté de langage et l'indépendance d'esprit que l'auteur met au service de chacune de ses opinions. Rien n'est plus complet, à mon avis, que les dissertations sans nombre qui enrichissent l'ouvrage; rien n'est mieux fait pour instruire et intéresser le lecteur et en même temps pour le tenir en garde contre les fausses interprétations.

Je ne veux pas dire pourtant que toutes les opinions du savant écrivain seront acceptées. Mais, même dans les cas rares où il arrivera qu'on se trouve en dissentiment avec lui, son livre sera consulté avec fruit. C'est qu'en effet il n'est pas un seul point du sujet que M. Hélie ne prenne le soin de résoudre en législation avant d'arriver au texte; pas un dans lequel, parvenu à l'explication du texte, il ne mette en regard les doctrines diverses et les divers partis qui peuvent être suivis, en sorte

que le lecteur ayant sous les yeux tous les éléments du débat, est toujours maître de son choix, et peut choisir en connaissance de cause.

Tel est le livre dans son ensemble et dans ses détails : essentiellement remarquable à tous égards, il met dans une vive lumière les qualités et le mérite éminent de l'auteur qui l'a composé. Tout y est saisi avec une intelligence parfaite. Le Code d'instruction criminelle, malgré les modifications qui y ont été successivement introduites, n'est pas assurément une œuvre irréprochable ; mais il a repris dans les institutions du passé tout ce qu'il était bon d'en reproduire ; et en outre, il se prête aisément, par sa forme, à toutes les améliorations. C'est là ce que M. Faustin Hélie a saisi avec une merveilleuse sûreté de vues. Et c'est ainsi que, réunissant l'histoire, l'exégèse et la pure théorie, son livre, dans sa savante ordonnance, explique le passé, éclaire le présent et prépare l'avenir.

PAUL PONT.

DES DISPOSITIONS PAR CONTRAT DE MARIAGE

ET DES DISPOSITIONS ENTRE ÉPOUX,

Envisagées des points de vue du droit romain, de l'ancienne jurisprudence de la France et du Code Napoléon, par M. Armand Bonnet, conseiller à la Cour impériale de Poitiers, tomes II et III. — Paris, Auguste Durand, éditeur.

Compte rendu par M. A. Ancelot,
docteur en droit, premier avocat général à la Cour impériale de Riom [1].

La plus digne manière d'honorer un ouvrage sérieux est, ce nous semble, de l'étudier profondément soi-même avant d'en recommander l'étude aux autres. Ainsi avons-nous cru devoir faire en l'honneur du savant *Traité* dont nous avons salué, il y a quelques mois, l'apparition. Que ce soit là une de nos excuses pour le trop tardif achèvement de notre compte rendu. Dans l'intervalle, M. Bonnet a reçu du gouvernement, rémunérateur empressé de tous les mérites, un de ces *loyers d'honneur* dont parle Montaigne, qui ne récompensent pas seulement, en pareil

[1] V. premier article dans la livraison de novembre 1859.

cas, le talent utile, mais encore le courage intellectuel si rare aujourd'hui et si peu apprécié. Tous ceux qui aiment le travail et la science ont applaudi et ressenti une sympathique fierté.

Le sujet traité par M. Bonnet présente ce caractère notable qu'il fait avancer l'esprit dans une carrière de plus en plus épineuse. Le premier volume avait entamé déjà la matière étendue de *la donation des biens à venir souscrite par des tiers;* le second suffit à peine à en épuiser les difficultés. Il convient tout d'abord de remarquer l'ordre didactique auquel l'auteur en a soumis les développements. Après avoir scruté les origines de cette donation à la lumière de l'érudition moderne, il passe en revue tour à tour *sa nature et ses conséquences, la série des biens qu'elle peut embrasser, la capacité active et passive* du donateur et du donataire, les *effets* de l'acte relativement à l'un et à l'autre, les modalités qui résultent de la cumulation des biens présents et à venir. Arrivé à ce point, le commentateur jette un regard en arrière sur toutes les libéralités matrimoniales dont il s'est occupé jusque-là, déduit les *règles communes* qui les gouvernent, et les ramène à deux points de vue: en premier lieu, l'admissibilité exceptionnelle de *conditions potestatives;* en second lieu, l'introduction d'autres exceptions *motivées par la nature ou la faveur des dispositions* dont il s'agit. Un dernier titre explique ce qui regarde les *formalités* intrinsèques ou extrinsèques de la donation par contrat de mariage. Il est facile de pressentir la multiplicité des questions qui se pressent dans ce cadre méthodique où le droit spécial évoque sans cesse le droit commun, soit en s'y rattachant, soit en y dérogeant. Aussi tous les problèmes capitaux que la matière des donations fait naître sont-ils débattus et résolus. C'est ainsi que le second volume s'ouvre par un large examen de la position des interdits, des prodigues, des sourds-muets, des mineurs et des femmes mariées. L'esprit y trouve réunies pour l'éclairer la sagacité qui démêle les nuances, rapproche ou différencie les situations; une érudition solide qui va droit au but poursuivi; l'indépendance mesurée d'un interprète qui s'est acquis, en pensant beaucoup, le droit de penser par lui-même. Une de ses laborieuses habitudes consiste à n'éviter aucune des questions importantes qui se rencontrent incidemment sur sa route. Est-il amené, par exemple, à toucher en passant le droit purement alimentaire de l'enfant adultérin ou incestueux? aussitôt il voit

apparaître et il aborde la controverse célèbre qui roule sur les effets légaux de la reconnaissance illicite d'un fruit de l'adultère ou de l'inceste. Il se prononce résolûment pour la jurisprudence de la Cour suprême qui, par une fiction géométriquement rigoureuse, efface la reconnaissance immorale et ne voit qu'un étranger dans l'enfant. Mais qu'il nous soit permis de regretter la trop grande sobriété de sa digression. Nous la regrettons d'autant plus que nous sommes de ceux qui ne croient pas que la morale et la loi puissent et doivent surtout sanctionner une abstraction dont le résultat est d'ajouter le scandale de la libéralité au scandale de la publicité. C'est ce qui, suivant nous, a été invinciblement établi par l'éminent annotateur du *Traité des donations* de Grenier, M. Bayle-Mouillard, cité d'ailleurs par M. Bonnet. Mais après tout, ce sont là des thèses aujourd'hui rebattues, et nous comprenons que l'auteur les ait un peu sacrifiées à ce qu'il y avait de neuf et de vivant dans son travail. Aussi ne ménage-t-il pas les développements quand il s'agit, entre autres points, de déterminer les conditions de capacité du donateur et du donataire de biens à venir. Sa lumineuse dissertation met en présence les quatre systèmes nés à cet égard, les fait passer au creuset d'une analyse sévère, sépare nettement la vérité de l'erreur, et, combinant judicieusement la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile avec les principes généraux du droit, aboutit à cette conclusion définitive qu'il faut et qu'il suffit pour la validité des donations de biens à venir que le donateur et le donataire aient eu capacité active et passive *au moment de la formation du contrat*. Avant la loi de 1854, il aurait exigé l'habilité du donataire au décès du disposant; mais l'article 3 de cette loi, qui admet incontestablement l'individu frappé d'une peine perpétuelle à succéder, lui paraît commander, par identité de raison, l'admission du condamné au bénéfice de l'institution contractuelle qui aurait précédé l'arrêt. Tel est, du reste, le sentiment exprimé par M. Riché, rapporteur au Corps législatif. Il n'a cependant pas rallié tous les esprits; dissidence facile à concevoir devant les graves motifs de décision qui se balancent. M. Bonnet (on l'a déjà fait remarquer avant nous) a été moins heureux sur l'article 4 de la loi qui nous occupe. Il avait cru y trouver un empiétement du pouvoir exécutif sur le domaine de l'autorité judiciaire, en ce qu'un mode anormal de réhabilitation aurait

été remis aux mains du gouvernement; mais c'était là une de ces méprises *quas humana parum cavit natura*, puisqu'il n'y a pas lieu à réhabilitation *pendant* le cours de la peine, et que d'ailleurs aucun effet rétroactif ne doit découler d'une mesure qui n'est pas autre chose qu'une des formes du droit de grâce.

Nous voudrions pouvoir continuer cette revue plus attachante pour nous que pour ceux qui nous liront, car elle est pour nous pleine d'impressions renouvelées, et ne serait pour eux qu'une table raisonnée des matières. Il faut donc nous borner à suivre *fastigia rerum*. Et pourtant l'un des premiers mérites du livre c'est la riche abondance des applications qui nous montrent les principes se combinant, s'entre-croisant et s'épanouissant en mille conséquences déliées pour régir les hypothèses et les espèces diverses. On reconnaît de suite à cette épreuve le jurisconsulte qui a longuement *digéré* au Palais (comme dit Dumoulin) la science puisée dans les écoles ou les traités didactiques. Votre pensée perplexe est-elle aux prises avec les difficultés d'un problème judiciaire à résoudre, vous trouverez dans un tel ouvrage, sinon la solution topique de ce problème (car qui peut tout prévoir?), au moins des raisons dirigeantes et des analogies pratiques qui vous seront une aide précieuse. Nous devons particulièrement signaler les notes rejetées au bas des pages comme étant en très-grand nombre de petits trésors de savoir ou de doctrine. La lumière y est d'autant plus vive qu'elle est plus condensée. Citons, par exemple, une note pleine de sagacité (t. II, p. 109) sur les similitudes de la vocation des enfants du donataire de biens à venir, et de la représentation légale; celle qui indique (p. 209) des particularités notables des coutumes du Bourbonnais et d'Auvergne en cette matière; une autre qui trace en traits rapides et fermes (p. 232) l'historique de l'hypothèque légale du légataire, et rend sensible la déviation doctrinale de l'article 1017 de notre Code, qui confère à cette hypothèque un effet indivisible au regard de chacun des héritiers, au lieu de la mesurer à sa part d'obligation personnelle. Les pages 241, 273 et 519 présentent aussi des annotations érudites et méditées qui nous font entrer dans le véritable esprit des articles 1005, 871 et 1090. Les questions fiscales si étroitement liées au droit civil ont également leur juste part de scrupuleux examen.

Mais avant d'abandonner ce volume, nous devons spéciale-

ment recommander aux jurisconsultes les théories capitales qui projettent un jour étendu sur la matière et tendent à en dissiper les ténèbres. Il en est trois qui se détachent surtout comme les points culminants de l'ensemble du volume. La première a pour objet de fixer le véritable caractère de la donation de biens à venir dans notre droit actuel. Duquel des deux modes d'hérédité légitime ou testamentaire se rapproche-t-elle le plus? A-t-elle, comme l'ancienne institution contractuelle, la vertu de *saisir le vif* en tout état de cause, ou bien faut-il la placer sur la même ligne que le legs qui ne *saisit* qu'au cas exceptionnel de l'article 1006? Cette assimilation semble naturelle, n'y ayant là, en définitive, que deux voies parallèles de transmission successorale opérée par la volonté de l'homme. Mais déjà la sagacité de Chabot avait su s'en défendre. Toutefois il fallait lui demander compte de ses motifs, et préciser ainsi d'autant mieux la nature intime de l'acte en discussion. C'est ce que fait avec une remarquable habileté d'analyse et d'expression M. Bonnet. A ses yeux, ce qui domine aujourd'hui dans le titre du donataire des biens à venir, ce n'est pas cette qualité fictive de *vrai héritier* que lui attribuaient nos coutumes et nos vieux auteurs, à l'image de l'héritier testamentaire du droit écrit. Le nom seul de *donataire* en est exclusif. Il indique d'ailleurs par son sens légal l'élément essentiel que nous recherchons, à savoir l'élément *contractuel*. La donation des biens à venir est en effet, comme toute autre, un *contrat;* elle est empreinte d'une irrévocabilité relative; elle engendre un droit conditionnel soit de propriété, soit de créance qui, une fois consommé par le décès du disposant et l'acceptation du bénéficiaire, a toute la force des autres droits contractuels. Quelle est cette force? C'est une véritable *saisine*. Et dès lors que de conséquences vont suivre, les unes sensibles, les autres plus ou moins cachées! Aucun besoin de demande de délivrance; investiture immédiate *ipso jure;* acquisition également immédiate des fruits; faculté d'agir de suite soit en partage, soit en revendication, soit en payement, suivant l'espèce de la donation. Au cas où elle a pour objet des sommes à prendre sur la succession, obligation pour l'héritier non réservataire de l'exécuter même *ultra vires*, à la différence (du moins dans l'opinion de l'auteur) des simples legs; car ces derniers n'avaient imposé au testateur aucun engagement,

tandis que les *dons* de choses à prendre sur la succession ont rendu le disposant, et par suite son héritier, *débiteurs*. — Mais aussi (car tout a son revers ici-bas) obligation pour le donataire d'une universalité de biens à venir d'acquitter les dettes du donateur même *ultra vires*, dans la mesure de cette universalité. Puisqu'en effet il est *saisi* contractuellement avec la même puissance que l'héritier du sang (*instar hæredis ab intestato*, disait-on autrefois), comment ne serait-il pas tenu de payer les dettes *instar hæredis?* Néanmoins le savant commentateur ne s'en tient pas à cette raison, et se demande si la simple assimilation du donataire de biens à venir au légataire universel ou à titre universel ne commande pas semblable décision. Il s'engage ainsi dans la grande controverse relative à ces légataires et en remue tous les éléments passés ou présents avec la main la plus exercée. Vingt pages substantielles lui suffisent à mener sa discussion depuis les temps les plus anciens à travers les délibérations du Conseil d'État, les textes du Code, les opinions multiples, les objections accumulées jusqu'à l'important arrêt du 13 août 1851, par lequel la Cour suprême sanctionne sa thèse, c'est-à-dire l'assujettissement du légataire d'universalité même *ultra vires* au payement des dettes du *de cujus*.

M. Bonnet passe ensuite à l'étude d'une situation spéciale, celle du bénéficiaire *usufruitier*, et y fait pénétrer la plus vive lumière en développant l'origine historique, la pensée fondamentale et le jeu pratique de l'article 612, qu'il n'est pas rare de voir mal compris au Palais. C'est à peine si, dans la longue carrière que cet ordre d'idées remplit, nous aurions quelques critiques à formuler timidement. Nous aurions peine, par exemple, à voir dans l'article 1006 une exception à l'article 1004; nous aimerions mieux, avec MM. Coin-Delisle et Dalloz, renverser la relation des deux articles, et admettre ainsi comme un principe que le légataire universel a la saisine, sauf le cas où il est en présence d'héritiers à réserve. Mais il est bon d'ajouter que ce principe est lui-même une exception par rapport à l'article 724. Nous croyons aussi peu juridique de décider que le donataire d'une quote-part de biens à venir pourrait agir contre un tiers détenteur en revendication d'un objet héréditaire, *sans attendre le partage qui peut-être aura pour résultat d'attribuer l'objet revendiqué à un cohéritier*. Nous comprendrions la décision s'il s'agissait d'un détenteur *prædo*, chaque héritier naturel ou

autre ayant alors pour agir un mandat tacite; mais s'il est question d'un contrat à faire exécuter ou résoudre, il nous semble que l'action doit être collectivement exercée par tous les intéressés. C'est ainsi que la loi statue (art. 1939) en ce qui regarde la restitution du dépôt, et l'auteur lui-même paraît adhérer à cette doctrine à la fin du n° 467.

Cette théorie a peine épuisée, l'auteur en aborde une autre qui n'a pas moins de difficulté et d'intérêt. Quelle est la nature complexe de la donation *cumulative* de biens présents et à venir? Renferme-t-elle *ab initio* deux dévolutions, l'une actuelle, l'autre future, ou bien n'y a-t-il, durant toute la vie de l'instituant, qu'une disposition unique et indivisible dans son *principe*, mais devant se résoudre définitivement au décès de cet instituant, suivant l'option du gratifié, soit en une donation pure et totale de biens à venir, soit en une donation limitée des biens présents? Question délicate qui avait gravement divisé l'ancienne école, et sur laquelle on se partage encore aujourd'hui; question qui peut sembler plus métaphysique qu'utite à résoudre, et qui cependant est grosse de conséquences pratiques. M. Bonnet la traite avec une ampleur de savoir et de déductions rigoureuses qui nous semble laisser peu de place à la controverse, d'autant plus qu'il a soin de s'opposer lui-même toutes les objections imaginables, et de montrer comment elles s'effacent devant la pensée dominante du législateur. Cette pensée, suivant lui, a été la consécration traditionnelle du second terme de l'alternative posée tout à l'heure. L'histoire législative de la question et la *raison de droit* conspirent à la manifester; elle n'est sans doute pas exempte d'un grave inconvénient, celui de rendre instable aux mains du donateur et au gré du donataire la disposition des biens présents; mais la *faveur du mariage*, qui plane sur toute cette partie du droit civil, demandait que le donataire pût échapper par une option libre au péril ou aux embarras des charges assumées par le disposant depuis le mariage, et s'en tenir à la dévolution des biens présents, considérée comme ayant seule été l'objet de l'acte. Que si, au contraire, il n'opère pas la division, il n'a jamais été, à vrai dire, qu'un bénéficiaire d'institution contractuelle, et le donateur a pu valablement disposer à titre onéreux. Cette solution laisse donc en définitive à celui-ci, mais sous condition résolutoire toutefois, un domaine civil dont il serait

dépouillé *hic et nunc* à l'égard des biens présents par la doctrine opposée.

Après tant de difficultés ardues déjà traversées, une troisième épreuve, plus rude que toutes les autres, attendait encore l'habile interprète. Il lui restait à expliquer la portée réelle de l'article 1086 dans sa combinaison avec l'article 1089, introductif d'une règle générale de caducité, dont l'ordonnance de 1731 ne renfermait pas la formule. C'est là vraiment une de ces énigmes législatives qui mettent les commentateurs à la torture, et qui prouvent même aux plus confiants à quel point la rédaction des lois civiles d'une société développée est chose prodigieusement épineuse. — L'article 1086 enveloppe-t-il dans ses prescriptions exceptionnelles, et par suite dans celles de l'article 1089, toutes les libéralités en faveur de mariage précédemment indiquées, c'est-à-dire même les donations ordinaires de *biens présents*, visées dans l'article 1081? Ne fait-il ainsi que réaliser ce qui avait été annoncé dans l'article 947? ou bien, au contraire, cet article 947, combiné avec l'article 1081, suffit-il à valider les dérogations matrimoniales par *donation entre-vifs* aux articles 944, 945 et 946, et faut-il restreindre l'empire des articles 1086 et 1089 d'abord aux donations pures ou mixtes de biens à venir, puis aux donations *éventuelles* de biens présents, c'est-à-dire à celles qui, par une première exception au droit commun, ne s'adressent pas au donataire seul en le saisissant *actuellement*, mais tout à la fois à lui et aux *enfants à naître* du mariage, de telle sorte qu'elles dépendent dans leur effet définitif du prédécès ou de la survie du gratifié ou de sa descendance au disposant? Cette seconde interprétation, que favorisent les données du droit ancien et l'ambiguïté de la loi nouvelle, a été soutenue avec la puissance d'analyse et de dialectique qu'on lui connaît par M. Coin-Delisle, dans son profond commentaire des *Donations et testaments*. Le regrettable Marcadé l'avait fortifiée de sa verve pénétrante. M. Bonnet s'est senti assez convaincu pour entrer en lice avec ces redoutables champions. Comment résumer ces cinquante pages où sont accumulées tant de ressources d'érudition, de logique et d'expérience pour justifier cette opinion, si plausible à notre sens, que toute condition potestative apposée même à une donation entre-vifs ordinaire, la dépouille de son caractère essentiel, l'*irrévocabilité*; la transforme ainsi

en une libéralité *sui generis*, analogue à l'ancienne donation *mortis causa*, suspendue dans ses effets pendant toute la vie du disposant, et partant sujette à caducité par le prédécès du gratifié et de sa descendance? Ceux mêmes qui n'adopteraient pas la conclusion de l'auteur lui devraient d'avoir beaucoup appris et réfléchi en lisant sa dissertation.

Il y a aussi beaucoup à puiser dans les larges développements consacrés à l'explication incidente de l'article 960. Contentons-nous d'en détacher un auguste suffrage en faveur de cette disposition tutélaire, celui de saint Augustin, qui loue Arcadius, évêque de Carthage, d'avoir restitué à un donateur devenu père les biens qu'il avait donnés à l'Église avant la naissance de ses enfants : *Reddidit episcopus quæ ille donaverit. In potestate habebat episcopus non reddere; sed jure fori, non jure poli.* (*De vita clericorum*, serm.)? C'est donc bien réellement une émanation sacrée du droit naturel et divin que cette *restitution* contre lui-même accordée par la prévoyance de la loi à l'imprévoyance de l'homme. Nous fermons le second volume sous cette grave et douce impression.

On a pu juger par notre compte rendu de la nature essentiellement technique de ce volume. L'auteur s'y était interdit toute diversion historique ou philosophique à son austère labeur. Un horizon plus attrayant lui a été ouvert par le sujet du troisième volume. Il s'agira, non plus des libéralités matrimoniales venant des tiers, mais de celles qui se produisent soit entre futurs époux, comme gages du sentiment qui les rapproche, soit entre époux comme récompense de l'affection à l'affection. Quelle moisson de souvenirs au seuil de cette double carrière! Comment séparer le passé du présent quand on veut faire autre chose qu'un manuel aride d'homme d'affaires? N'était-ce pas là une souriante occasion pour l'auteur de sacrifier à son amour de la science historique si magnifiquement élargie de nos jours? Aussi a-t-il pris plaisir à encadrer dans son dernier volume trois vastes tableaux qui, venant s'ajouter à ceux du premier, composent une opulente galerie des antiquités romaines, celtiques, germaniques, féodales et coutumières. Ces trois tableaux présentent à la curiosité de l'esprit : le premier, les évolutions si complexes à travers les âges des libéralités entre *futurs époux;* — le second un intéressant exposé des prohibitions et des tolérances qui ont presque toujours fait un

régime exceptionnel aux libéralités *entre époux;* — le troisième, enfin, les limitations multiples qui, soit en droit romain, soit en droit français, avaient plus ou moins sévèrement restreint la mesure de ces dernières libéralités.

C'est surtout dans la première de ces revues rétrospectives que l'auteur devait rencontrer les plus attachants détails et les plus délicates questions. La grande institution du mariage occupe chez tous les peuples, même incivilisés, une place si fondamentale que chacun l'a marquée au plus haut degré du caractère ingénu de ses traditions et de ses mœurs. L'observation philosophique peut y trouver la pierre de touche infaillible de son état social. Même au point de vue plus resserré où nous sommes placés, quelles révélations pleines de lumière et quelquefois de poésie dans ces dons solennels qui précèdent ou accompagnent l'union des époux! Comme on y suit pas à pas, pour ainsi dire, la marche ascendante de la destinée de la femme, d'abord *achetée* par son futur maître, puis se dégageant peu à peu de ces liens humiliants pour s'élever par degrés bien lents à cette dignité touchante de l'épouse chrétienne, qui n'est aujourd'hui taxée d'esclavage que par les esprits malades et les cœurs gâtés! Telle est l'étude pleine de charme que M. Bonnet nous fait faire à sa suite. Chemin faisant, il s'arrête avec soin aux points culminants pour provoquer notre examen éclairé par le sien propre, pour se demander, par exemple, après tant d'autres, quel est le vrai sens des fameuses et trop courtes lignes de César sur le régime matrimonial gaulois. Il n'y trouve ni le rudiment de notre communauté de biens, ni celui de la donation anténuptiale du Bas-Empire; il y voit une sorte de *tontine* en vue d'un gain de survie réciproque. Il se rapproche ainsi du système qui nous semble le plus plausible, et dont nous avons lu avec un vif intérêt l'habile justification dans la *Revue historique* (année 1858). Une fois entré dans le labyrinthe du droit dit barbare, le savant auteur démêle avec clarté les formes si diverses et indécises des libéralités dont le mariage est l'occasion : *pretium nuptiale, maritagium, dos, sponsalitium, morgengabe, dotalitium, augment et contraugment,* combien d'usages significatifs dont les plus saillants (la dot germanique et la morgengabe) s'allient et se confondent pour donner naissance à l'une des plus célèbres institutions coutumières, le *douaire!* A ce propos, M. Bonnet a eu le mérite trop longtemps

étranger à nos jurisconsultes modernes de rendre hommage à l'influence spiritualiste du droit canonique, auquel nous devons tant de bienfaits souvent méconnus. C'est sous son action purifiante que, suivant lui, le douaire légal ou coutumier a dû se former des débris de pratiques surannées et grossières. Il est de ceux qui n'admettent pas, malgré Pierre de Fontaine et Beaumanoir, que cette création civile procède d'une ordonnance de Philippe-Auguste. Il nous la montre en vigueur parmi la noblesse croisée dans les assises de Jérusalem, reflet fidèle des coutumes de la mère patrie; il en trouve aussi des exemples dans les chroniques et les capitulaires aux IXe et Xe siècles. Puis franchissant les temps, il nous fait assister à sa disparition radicale après 1789, et n'a pas de peine à nous rendre sensibles les excellents motifs de cette abolition.

Il y a moins de variété compliquée dans les manifestations historiques de la libéralité des époux entre eux *pendant* le mariage. Cependant, par combien de différences ou tranchées ou nuancées l'auteur ne nous conduit-il pas depuis le mariage avec *manus* des Romains jusqu'à la législation actuelle! Dans aucune matière peut-être on ne trouve plus de vicissitudes, plus de fluctuations et de mobilité législatives. C'est qu'il faut opérer ici sur les intérêts les plus graves de la famille et les sentiments les plus impérieux du cœur humain. Le plus souvent on s'applique à les concilier par des tempéraments indécis qui se retrouvent dans l'article 1096 de notre Code. M. Bonnet nous fait suivre un à un, sans confusion, tous les anneaux de cette chaîne, fortement trempée par lui au foyer de la science. Le fameux sénatus-consulte d'Antonin Caracalla; le droit gallique ou celtique, sur lequel on en est réduit aux conjectures à cet égard; les lois barbares profondément fouillées et dans lesquelles on voit apparaître une tendance chrétienne (accusée déjà par le droit romain moderne) à *identifier les personnes et les biens des époux;* puis, notable phénomène! une tendance contraire se faisant jour au sein du christianisme même, sous la double influence du *mundium* germanique et du droit romain plus ou moins agissant dans les diverses contrées de la Gaule envahie; l'interdiction des dons entre époux, unilatérale d'abord de la femme sujette au mari seigneur (ce qui s'était conservé dans la coutume d'Auvergne), devenant réciproque; cette interdiction à son tour subissant de variables restrictions

dans le *droit coutumier*..... Mais comme préface de cette étude nouvelle, l'auteur éprouve le besoin d'éclairer par l'histoire la division de la France en deux zones juridiques, dont les derniers vestiges subsistent encore aujourd'hui, et de toucher en passant l'épineux problème de la formation des coutumes. Quatre pages lui ont suffi pour concentrer sur ce second point les plus vives lumières, et nous faire entrevoir, dans cette mystérieuse élaboration qui remplit plusieurs siècles, les lois et les usages des Francs dépouillant leur *personnalité* pour s'immobiliser *réellement* dans la terre morcelée en grands et petits fiefs ayant chacun leur vie propre. Une fois entré par cette large voie dans le champ du droit coutumier, nous en parcourons rapidement les diversités non effacées, quoi qu'en ait dit Pothier par l'ordonnance de 1731, et nous voyons enfin les lois révolutionnaires, prenant le contre-pied du passé, octroyer aux dons entre époux des immunités exceptionnelles, et cela *pour resserrer le nœud du mariage* livré pourtant, d'autre part, au tranchant du divorce..... Tout est résumé dans ces quelques lignes si pleines : « Les libéralités entre époux ont, selon les « temps et suivant les lieux, obéi à trois ordres d'idées fort « distincts : régime de prohibition absolue, c'est celui du droit « romain primitif et de notre droit coutumier ; régime de liberté « sans bornes, c'est celui de la législation révolutionnaire ; « régime d'interdiction mitigée permettant la convalidation « avec effet rétroactif par le prédécès du donateur sans change- « ment de volonté, d'une donation *nulle* dans son principe ; « c'est celui de la législation romaine dans son dernier état, « et suivi en pays de droit écrit jusqu'à la promulgation de la « loi du 17 nivôse an II. » Qu'a fait le Code, venant après tous ces systèmes? Il a fait, suivant son habitude, de l'éclectisme ; il a imprimé à la disposition entre époux le caractère de *donation entre-vifs*, sauf l'irrévocabilité. Ce n'est donc pas là une donation à cause de mort tenue en *suspens* dans ses effets jusqu'au décès du donateur, c'est une donation qui saisit à l'instant même le donataire, mais qui peut être *résolue* par un changement de volonté du donateur. Pour mieux préciser encore, disons avec M. Bonnet : « L'événement qui forme « la condition est la *révocation*, et non plus, comme à Rome, « la *persévérance* de volonté du disposant. » Cette distinction, qui semble d'abord scolastique, résout directement une des

plus graves questions de la matière, celle de savoir si le prédécès de l'époux donataire fait évanouir la libéralité comme *caduque*, à l'exemple des dispositions testamentaires.

Pour se rendre complétement raison des *précédents* de cette branche de notre droit, ce n'était pas encore assez de tant de laborieuses et fructueuses recherches; il fallait en outre savoir quelles avaient été dans le passé les diverses mesures tantôt libérales, tantôt et plus souvent avares de la *quotité disponible entre époux*. Après de hautes considérations sur le fondement *naturel* et sacré des *légitimes* ou *réserves*, M. Bonnet sillonne encore avec un infatigable courage, dans un nouveau sens, le droit romain, le droit coutumier, la jurisprudence relative au célèbre *Édit des secondes noces* et la législation intermédiaire. Cette revue a été pour lui l'occasion de mettre utilement en relief les traits différents de la *légitime* proprement dite d'origine romaine, et de la *réserve coutumière*. Quant à l'*Édit des secondes noces*, il a su grouper et illuminer en quelques pages les aspects multipliés et fugitifs qui en diversifient l'application.

Nous avons bien superficiellement esquissé les trois tableaux historiques dessinés avec tant de conscience par M. Bonnet, et cependant nous sentons la nécessité de clore bientôt notre travail. Il nous faut donc renoncer à dire ou du moins à montrer tout ce qu'il y a de richesse et de solidité doctrinales en même temps que d'utilité pratique dans le commentaire des articles 1091 à 1100, qui soulèvent tant de difficultés et de points de vue. On aurait peine à trouver (si on le trouvait) un détail quelque peu important qui n'ait pas été touché et élucidé par l'auteur. C'est toujours le même soin attentif, la même indépendance d'esprit, la même alliance féconde entre le savoir théorique et la mise en œuvre judiciaire; toujours aussi la même élévation morale dans la décision des questions qui se rattachent au bon ordre de la famille et de la société, par exemple en ce qui regarde la révocabilité des dons entre époux par suite de la séparation de corps; la dispense de caution pour l'époux donataire d'usufruit; la jurisprudence sur les donations déguisées qui, dit avec trop de raison M. Bonnet, *en mettant la simulation sur le même pied que la sincérité, en lui créant même un privilége*, tend à fausser les *notions de la saine morale*. Il faut aussi lui savoir gré, au milieu du relâchement

tout païen des mœurs actuelles, d'avoir énergiquement flétri le *concubinat* romain, et d'y avoir signalé un des symptômes les moins équivoques de la dissolution du grand Empire. Puissions-nous profiter de cette leçon d'histoire, et nous rappeler avec le jurisconsulte-magistrat que les *progrès* de la civilisation matérielle, et même les *lumières de l'esprit*, semblent, faute d'un suffisant contre-poids de discipline morale, *ne se pouvoir acquérir qu'au détriment des sentiments du cœur!* Mais descendons de ces hauteurs à une région plus modeste pour honorer, en terminant, la résolution vigoureuse avec laquelle M. Bonnet a abordé et traité les questions si ardues qui ont pour objet la *combinaison des disponibles*. Pour porter la lumière dans ces broussailles juridiques, il a commencé sagement par y ouvrir de grands chemins qui les traversent en tous sens : nous voulons dire qu'il a méthodiquement divisé la matière et classé les situations principales pour les discuter tour à tour. Les principes dirigeants une fois établis, il est passé au terrain d'application du mode de réduction des libéralités au cas de concours de réservataires, d'un époux donataire et de bénéficiaires étrangers. On trouve là quelques pages hérissées de chiffres qui rendent palpables à l'esprit les résultats des trois systèmes en lutte, et facilitent ainsi l'option du lecteur.

Nous avons exprimé quelques dissentiments à propos du second volume. Inutile de dire que nous aurions aussi à en formuler sur le troisième; nous pourrions aussi relever quelques erreurs historiques sur *des points très-secondaires*. Mais ce n'est pas là ce qui importe; l'essentiel était de donner un exact aperçu de cette œuvre profonde : nous serions heureux d'y être parvenu.

Pour nous acquitter envers ceux qui nous liront et l'auteur lui-même, nous devons encore produire une dernière appréciation, celle de la *forme* ou de l'exécution littéraire. Nous l'avions déjà fait en rendant compte du premier volume. Nous demeurerons donc fidèle à nous-même en répétant qu'il y a des langueurs et des obscurités regrettables : il semble en plusieurs passages que le savant auteur, impatient de déposer le fardeau de ses abondantes pensées, n'ait pas pris le temps de les mouler suffisamment dans des phrases à fermes contours et vives arêtes. C'est pourtant justice de reconnaître que le style est généralement supérieur à celui du premier volume. Il est même,

en plus d'une rencontre, saisissant de précision et de vigueur, au point de rappeler celui des grands jurisconsultes de l'ancienne Rome. Il dépend donc de M. Bonnet de désarmer la critique : il le fera, nous en sommes sûr, et nous nous en réjouirons dans l'intérêt d'une science qui attire aujourd'hui si peu d'adeptes. Dès à présent, rendons grâce à l'auteur de ce qu'il a fait pour elle, pour le bien de la justice et pour l'honneur de cette magistrature, qui est tant *obligée* dans le présent par la gloire de son passé. A. ANCELOT.

HISTOIRE DE LA LIBERTÉ POLITIQUE EN FRANCE,

De M. Jules de LASTEYRIE.

Compte rendu par M. A. BERTAULD, professeur à la Faculté de droit de Caen.

Tout ne date pas, dans notre pays, de la révolution de 1789 : la France d'aujourd'hui n'est pas absolument étrangère à la France d'autrefois ; la liberté politique elle-même a précédé chez nous *la Déclaration des droits de l'homme;* elle a de plus vieilles racines sur notre sol ; son histoire, qui a ses vicissitudes, est déjà longue, et il faut se résigner à en suivre le développement à travers quatre périodes au moins, la période barbare, la période féodale, la période de l'ancien régime et la période révolutionnaire.

Cette histoire, un écrivain habile, un membre distingué des nos anciennes assemblées parlementaires, M. Jules de Lasteyrie, a entrepris de la raconter, et il a déjà rempli sa tâche quant à la première période.

Pour M. de Lasteyrie, la liberté n'est pas une parvenue à laquelle on soit obligé de fabriquer de faux titres généalogiques ; elle a des titres de bon aloi et d'ancienne souche. L'auteur est heureux de les retrouver à travers les âges, et il considère que la tradition est une puissante raison de respect, une très-efficace protection ; il reproche aux modernes patrons des idées libérales de se présenter comme des hommes nouveaux, et de ne pas tenir assez de compte, à l'appui des droits qu'ils réclament, des droits dont leurs aïeux ont eu la possession.— « De quel droit les générations présentes mépriseraient-elles

« les institutions du passé? Au milieu de la prospérité, des « joies et des lumières de la civilisation, ces générations n'ont « su ni respecter ni créer aucune institution. On les voit suc- « cessivement se précipiter en avant, hésiter, rétrograder; elles « se défient de ce qu'elles ont renversé; elles se défient de ce « qu'elles veulent établir; elles se défient d'elles-mêmes. Mais « elles se consolent de leur impuissance en dénigrant les œu- « vres de leurs pères » (p. 200 et 201).

Mais qu'est-ce donc que la liberté politique dont M. Jules de Lasteyrie se fait l'historien? Est-ce la participation au pouvoir politique, au droit de commander, à la souveraineté? N'est-ce, au contraire, que le droit pour chacun à l'inviolabilité de sa vie, de sa dignité, de sa propriété? N'est-ce que le droit de développer ses facultés dans une mesure compatible avec le droit collatéral d'autrui? N'y a-t-il pas deux sortes de libertés, la liberté politique et la liberté civile?

M. de Lasteyrie ne débute pas par l'examen de cette question, et ce n'est même qu'incidemment, par voie d'énonciation, qu'il la préjuge plutôt qu'il ne la traite. « On appelle libres les « nations qui possèdent le jugement par jury, celles dont les « citoyens, en nombre plus ou moins grand, concourent à la « nomination d'une portion du pouvoir législatif; et le peuple « qui, dans un accès d'engouement ou de terreur, abdique en « faveur de l'élu de la majorité, se croit souverain. »

Mais si la liberté politique est un droit de souveraineté, est-ce la participation à la souveraineté sociale ou bien la souveraineté individuelle qui la constitue? Ici M. de Lasteyrie ne procède pas encore par voie de définition; seulement on voit qu'il oppose à la liberté de Rome, quand Rome était libre, à la liberté de la Grèce au temps de son indépendance, c'est-à-dire à la liberté qui confisque et détruit presque l'individu au profit de la société, la souveraineté individuelle qui ne connaît d'autres freins que ceux qu'elle s'impose, qui se soumet volontairement, temporairement à une association, à une confédération, dont elle débat les conditions sans jamais subir le joug de cet être de raison auquel les langues anciennes donnaient le nom de *République* et que, dans notre vocabulaire, nous appelons l'*État*.

A laquelle de ces deux souverainetés, la souveraineté de la civilisation ancienne et la souveraineté introduite par la civilisa-

tion germanique, M. de Lasteyrie accorde-t-il ses préférences? L'auteur veut qu'elles s'allient et se limitent. « C'est du droit de « l'homme que relève la barbarie, tandis que dans la législa- « tion romaine, la société absorbe l'individu. D'un côté, sous « la République et sous l'Empire; de l'autre, au milieu des « forêts de la Germanie, on voit régner dans leur grandeur « monstrueuse ces deux principes qui, isolés, ont conduit l'un « au despotisme abject, l'autre à une insupportable anarchie, « et qui, associés au sein de la civilisation moderne, conser- « vent, celui-là une inclination vers le despotisme, celui-ci une « tendance vers l'anarchie. Fils de Rome et de la barbarie, il « ne nous appartient de renier aucun de nos ancêtres. Nous « sommes infidèles à nous-mêmes, à notre passé comme à « notre avenir, que nous méconnaissions le droit de la société « ou que nous rejetions le droit individuel. Si de la civilisation « romaine découle l'ordre de notre civilisation, un précieux « levain de barbarie vivifie la société moderne et fait que, pour « être citoyen, on ne cesse pas d'être un homme » (p. 132 et 133).

Pour apprécier les résultats de la prédominance de l'une de ces souverainetés sur l'autre, il faut considérer deux législations civilisées, la législation anglaise qui relève des coutumes barbares, et la législation française qui relève de la législation romaine (p. 146).

Les témoignages de la souveraineté individuelle pendant la période barbare, M. de Lasteyrie les trouve surtout dans le principe que nul n'est obligé qu'en vertu de son consentement; dans le libre choix pour chacun de ses cosouverains; dans la formation de sociétés particulières, qui n'ont d'autre durée que celle du concert des volontés; dans le droit de rompre même les liens de la nature, en sortant de la famille, pour se soustraire par une répudiation à la solidarité qu'elle entraîne; dans le principe de la personnalité des lois, qui exclut la sujétion d'une tribu à une autre tribu et écarte l'uniformité au profit des diversités d'origine et de race qu'il perpétue; dans la pénalité qui n'est que la réparation du dommage causé; dans la procédure, qui n'est qu'un appel au hasard et au courage, laisse l'homme en face de l'homme, et n'est pas un instrument d'oppression si elle n'est pas une garantie de vérité et de justice, puisque tout le pouvoir judiciaire du temps, ce pouvoir, apanage de tous les hommes libres, n'est que le droit

d'assurer et de vérifier la régularité des formes de l'épreuve; dans la participation au pouvoir législatif, sinon par la discussion, au moins par l'acceptation des lois aux Champs de mars ou de mai; enfin dans le droit d'élire les évêques, les maires du palais et même les rois au sein de la famille royale.

Les conquérants, les Germains, jouirent-ils seuls de la liberté politique? les Gallo-Romains en furent-ils déshérités? M. de Lasteyrie multiplie les témoignages pour établir que les populations envahies restèrent ce qu'elles étaient et ne furent nullement soumises ni à une complète servitude ni à une demi-servitude. Il va même jusqu'à soutenir que la propriété privée fut respectée et que les terres fiscales furent seules la proie des vainqueurs. Au reste, il n'exagère pas cette idée; il la limite et la corrige plutôt; il n'est affirmatif qu'en ce qui touche le pays au sud de la Loire, où les Francs ne formèrent guère d'établissements.

Après l'expulsion des Wisigoths, les Gallo-Romains durent reprendre les deux tiers des terres dont ils avaient subi la confiscation par voie de partage, en sorte qu'ils jouirent de leur droit primitif dans toute sa plénitude. Quant à l'ancien royaume des Bourguignons, M. de Lasteyrie se borne à dire qu'il n'y eut pas de dépossession systématique et légale.

La souveraineté individuelle, la souveraineté germanique, qui exagère le droit personnel au détriment de l'unité générale, n'anéantit pas cependant toute trace de la souveraineté collective des anciennes sociétés. Elle se substitua à la toute-puissance de l'État, sans la briser définitivement et sans retour. Au contraire, la royauté franque, germaine d'instincts, de goûts et de mœurs, s'arma de l'idée de la souveraineté romaine pour la réaliser à son profit : c'est principalement peut-être de la lutte entre la souveraineté individuelle et la souveraineté sociale, de l'action et de la réaction du principe de la barbarie et du principe d'une civilisation décrépite et vaincue, que le chef des bandes victorieuses essayait de faire revivre dans la mesure du possible, qu'est née une souveraineté qui se différencie profondément de la souveraineté de l'individu et de la souveraineté centralisée par le pouvoir social, à savoir la souveraineté féodale, la souveraineté réelle, attribut et dépendance de la propriété se fractionnant et s'éparpillant avec la cause d'où elle dérive.

M. de Lasteyrie tient sans doute grand compte du conflit entre la souveraineté germanique et la souveraineté romaine dans le développement de la hiérarchie foncière et l'organisation de la féodalité ; mais nous craignons qu'il ne lui fasse pas une assez large part. Nous ne contestons ni l'intérêt ni l'exactitude des observations que lui inspire le rôle des rois francs et des maires du palais ; mais nous avouons que, dans leur ensemble, elles nous laissent un sentiment un peu confus et de l'influence que la royauté franque a voulu exercer, et de l'influence qu'elle a de fait exercée : but et résultat, l'ingénieux et savant livre dont nous parlons est bien loin de faire disparaître toutes les perplexités; il renferme cependant sur ce point beaucoup de vérités de détail. Quant à une conclusion ayant quelque caractère de généralité, elle est, sinon impossible, au moins très-difficile dans une période historique si mêlée, si désordonnée, si anarchique : nous l'avons vainement cherchée.

En revanche, avec quel soin, avec quel bonheur d'expression et d'aperçus M. de Lasteyrie ne caractérise-t-il pas les conséquences de l'avénement du régime féodal, qui ne fut pas l'œuvre directe de la conquête, mais en est séparé par quatre siècles!

« Au Ve siècle, les nationalités sont personnelles et dépen-
« dantes de la race; au IXe siècle, les nationalités sont territo-
« riales et dépendantes du lieu de la naissance. Le réveil des
« nationalités ne saurait être ici les Gallo-Romains se soulevant
« contre les Francs, car ce sont des hommes de toutes races
« qui forment une société nouvelle, qui se donnent un gou-
« vernement nouveau, et la lutte des races s'éteint pour faire
« place à celle des classes. Il ne s'agit plus des vieilles natio-
« nalités franques ou gallo-romaines. C'est parce que quatre
« siècles de désordre les ont affaiblies et usées, que de nou-
« velles nationalités s'élèvent sur les ruines des anciennes et
« qu'une grande révolution sociale s'accomplit. » (P. 280.)

« Il semble que la révolution commence par en bas, du
« moins le progrès des classes inférieures accompagne l'agran-
« dissement des classes supérieures. Les bénéfices royaux sont
« encore en partie viagers, la royauté jouit encore de la plé-
« nitude du pouvoir barbare que les esclaves et les colons ont
« conquis des droits, que les tenures sont déjà héréditaires,
« et que la propriété, dans l'intérieur du domaine, est devenue
« féodale » (p. 294).

L'insurrection de la tenure contre le bénéfice ou l'aleu pour conquérir l'hérédité, la conversion du titre précaire de colon ou de fermier en un titre transmissif de propriété, qui correspond à l'usurpation des bénéficiaires et des officiers publics, la disparition ou plutôt l'affaiblissement de toutes les distinctions entre les diverses classes de personnes de condition servile, qui correspond à la disparition de toute distinction entre les Saliens, les Ripuaires, les Bourguignons, les Gallo-Romains, voilà ce que l'historien met en saillie. Pour lui, comme pour nous, la féodalité ramenait par quelques endroits à l'uniformité. Qu'importe que le territoire soit morcelé, que l'inégalité soit héréditaire, si l'unité s'introduit dans les mœurs, parce que tous ceux qui habitent les mêmes terres sont soumis aux mêmes lois? L'unité naîtra du morcellement, l'égalité de l'inégalité, et la liberté, monopole de quelques-uns, sera un jour le monopole de tous. Nous avons ailleurs exprimé quelques-unes de ces idées, auxquelles le livre de M. de Lasteyrie donne une véritable autorité (*Introduction à l'Histoire des sources du droit français*, p. 140-142).

L'idée romaine de la souveraineté de l'État ne devait pas périr sous la souveraineté réelle et morcelée des fiefs; elle devait à l'ombre de la suzeraineté, et par une de ces réactions dont l'histoire est pleine, absorber la souveraineté féodale, qui avait elle-même absorbé la souveraineté individuelle, quand elle était venue à son secours et s'était chargée de sa défense. Sa destinée, c'était d'aboutir à l'unité territoriale, à l'unité de pouvoirs, à l'unité de législation. Elle n'avait pas rompu pour toujours avec le succès, puisqu'elle devait produire la monarchie de Louis XIV, la Convention et l'Empire. M. de Lasteyrie a dit, avec une merveilleuse concision : « La souveraineté appartient successivement à chacun, à plusieurs, à tous. »

Revient alors notre question : La liberté politique, est-ce la participation à la souveraineté? Si la réponse est affirmative, quelle redoutable objection semble s'élever contre la liberté de la Convention! Est-ce que le droit individuel n'avait pas péri sous la rude et sanglante étreinte de la souveraineté du peuple?

La liberté politique n'est pas un but, c'est un moyen : elle n'est qu'une garantie de la liberté naturelle ou civile qui consiste, pour tout être intelligent et responsable devant la loi

morale, dans le droit de faire ce qu'il veut et peut, sous la seule condition de ne pas nuire au droit d'autrui et à l'ordre social. Or la liberté de développer ses facultés, de les utiliser à l'abri de toutes entraves arbitraires, de tout empêchement non justifié par la nécessité ou l'impérieux intérêt de la société, cadre obligé dans lequel se déploient les activités individuelles, ne suppose nécessairement ni la participation au pouvoir qui commande, ni même la participation à la constitution de ce pouvoir. La souveraineté n'est pas un droit naturel pour tous; le commandement n'appartient qu'à ceux qui en sont dignes. Que le pouvoir soit dans une main unique ou dans la main de plusieurs, qu'une majorité ou qu'une minorité le possède, qu'il soit monarchique, aristocratique ou démocratique, il n'est légitime qu'autant que la règle qu'il impose est non-seulement raisonnable et juste, mais encore appelée par les besoins sociaux. La prédominance de telle ou telle espèce de souveraineté, de telle ou telle forme de gouvernement, l'adoption de telles ou telles institutions et le mode de distribution des droits politiques, pourront bien sans doute et devront même exercer une notable influence sur le degré de protection des droits individuels, c'est-à-dire de la liberté civile. Les garanties politiques sont beaucoup, sans doute; mais elles ne sont pas tout; elles ne sont que des barrières, et des barrières trop souvent impuissantes contre les envahissements de systèmes et d'intérêts qui ne souffrent point d'influence rivale, et réclament, pour lot, l'omnipotence. M. de Lasteyrie ne se dissimule pas que la liberté politique en France, et ce n'est pas elle que je fais responsable de ce résultat contraire à son but, n'a pas réussi à nous abriter contre le règne des idées à outrance. Peut-être si elle eût été mieux distribuée, eût-elle prévenu les conséquences extrêmes de victoires trop complètes pour rester légitimes et pour ne pas aboutir à l'oppression.

« Dans ce pays de révolutions et de contre-révolutions, à « toutes les époques, sous tous les régimes, les principes sont « inflexibles. Ils ne se font point de concessions; ils usurpent « ou succombent. Chacun d'eux, qu'il s'appelle féodalité, mo- « narchie ou convention, prétend procéder d'un droit absolu: « droit de conquête, droit divin, droit de l'homme. Les prin- « cipes ennemis doivent être anéantis; les principes alliés, « dégradés. Aux grands, il faut des rois fainéants; aux rois,

« une noblesse de cour, et, dans un jour d'égarement, la sou-
« veraineté du peuple proscrit le droit individuel. Aucun ne
« se contente d'être vainqueur, tous veulent être despotes ; ils
« suivent le succès au delà du possible et périssent par l'excès
« du triomphe..... » (Introduction, p. x et xv.)

Toutefois M. de Lasteyrie reproche, dans plusieurs passages de son livre, aux historiens libéraux de l'école moderne, d'oublier la liberté pour être tout entiers à l'égalité et à l'unité (Introduction, p. xx). Ils ne s'inquiètent, dit-il, de la liberté que lorsqu'elle est en lutte contre la féodalité.

La réponse à cette critique n'est-elle pas bien facile? L'égalité de tous, en face de l'unité de la loi, n'est-elle pas une puissante garantie que le gouvernement, quelle que soit sa nature, ne pourra pas concentrer dans une classe les avantages sociaux, les moyens de force, les lumières, les richesses?

Avec l'unité de la loi et l'égalité, chacun n'est-il pas provoqué à s'élever, à se perfectionner? L'unité et l'égalité ne sont-elles pas, sous ce rapport, l'une des plus efficaces protections des droits individuels dont la liberté politique et la société elle-même ne sont que la sanction?

J'essaye de réfuter le reproche de M. de Lasteyrie, parce qu'à mes yeux il se relie à une théorie qui semble préférer, et de beaucoup, la société politique à la société civile. Cette théorie appelle le droit romain un droit destructeur des vieilles libertés de l'Europe, un droit de servitude, bien qu'elle confesse que ce droit a partout perfectionné la société civile. Le droit romain, dit-elle, a tendu partout à dégrader la société politique.

Est-ce que l'organisation de la société politique n'a pas uniquement pour objet d'assurer l'inviolabilité des droits individuels dont la loi déclare seulement les vraies limites?

Quand l'égalité avance, la liberté recule, dit M. de Lasteyrie, et il parle évidemment de la *liberté politique*. Qu'importerait, si la liberté civile devait toujours gagner le terrain que la liberté politique perdrait? On se consolerait de l'absence de droits politiques, si cette absence devait profiter à l'existence civile, à l'existence intellectuelle, morale, financière, industrielle, commerciale du pays.

Mais si les pouvoirs sans contrôle sont quelquefois, sont souvent même de puissants instruments de civilisation, s'ils

peuvent imprimer à une nation un grand et salutaire mouvement, si même, en devançant la raison générale, ils en favorisent le progrès, rien n'assure la perpétuité de ces heureuses inspirations, et les jouissances du présent ne sont pas exemptes d'alarmes, elles sont troublées par la crainte d'une surprise ou d'une défaillance.

M. de Lasteyrie adresse à l'école libérale moderne un reproche mieux fondé, quand il l'accuse de tenir trop de compte des diversités de race, parce qu'en effet la féodalité a singulièrement effacé ces diversités, et a substitué aux luttes entre les races les luttes entre les classes.

En parlant des historiens du droit, j'ai bien timidement exprimé l'opinion qu'ils restaient trop étrangers à l'histoire politique et aux questions contemporaines. Historien politique, M. de Lasteyrie n'a certainement pas négligé le droit et son histoire. Mais tient-il assez de compte des travaux si divers dont la période qu'il étudie a été l'objet dans ces derniers temps ? Après Montesquieu et Hallam, il ne cite que M. de Savigny, M. Guizot et M. Guérard. N'eût-il pas pu consulter avec fruit M. Pardessus, M. de Pétigny, M. Laferrière? Ainsi, il traite du principe de la personnalité des lois, qu'il étend aux matières pénales, et il ne fait aucune mention de la controverse que ce dernier point soulève. La cohabitation de diverses races conservant chacune sa loi particulière n'excluait pas la communauté de la loi politique; la répression, bien que par son résultat elle n'eût qu'un caractère privé, n'appartenait-elle pas, quant à ses moyens d'organisation, au droit public? Ainsi encore, de la survivance de la loi romaine, M. de Lasteyrie induit la survivance d'institutions spéciales aux Gallo-Romains pour appliquer cette loi. N'entend-il parler que des juridictions municipales? Prend-il, au contraire, parti pour une thèse de M. Laferrière à l'encontre d'une thèse de M. Pardessus? Il s'occupe de la *lex antiqua* des Wisigoths, et il paraît croire que le texte de cette loi a été entièrement perdu, supposition dont aujourd'hui l'erreur est parfaitement démontrée.

Je ne reprocherai pas à M. de Lasteyrie de ne point faire de retours sur le présent et des rapprochements entre nos destinées et celles de nos pères; ces retours et rapprochements sont fréquents, trop fréquents peut-être parce qu'ils ne semblent pas toujours n'être qu'un simple moyen d'éclairer le passé en

l'animant, et qu'ils sont d'ailleurs empreints d'un sentiment de tristesse et d'amertume.

L'auteur a vu de trop près les choses de notre temps, il a été trop mêlé aux affaires de notre pays pour assister, avec l'impartialité de l'indifférence, à des événements qui ont démenti ses espérances, désolé, sans les ébranler, ses convictions; l'acteur ému et chaleureux du drame d'hier ne saurait être le spectateur froid et désintéressé du drame d'aujourd'hui. Au reste, l'histoire se laisse souvent dérober par une noble passion des secrets qui restent voilés devant le regard plus calme et moins pénétrant de l'érudition : M. Jules de Lasteyrie a fait un excellent livre, et nous n'avons qu'un regret, c'est de n'avoir pas de titres suffisants pour le constater. A. BERTAULD.

DES SECTIONS DE COMMUNE, DES DROITS, DES CHARGES, DES RESSOURCES PROPRES DES SECTIONS, DE LA GESTION DE LEURS BIENS ET DE LA RÉPRÉSENTATION DE LEURS INTÉRÊTS, par Léon Aucoc, maître des requêtes au Conseil d'État [1].

Compte rendu par M. Labbé, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Il est une partie très-intéressante et très-importante du droit administratif, celle qui traite des communes, de leurs biens et de l'organisation des pouvoirs qui veillent sur leurs intérêts. La patrie a des droits, des exigences et des destinées que la majeure partie des citoyens ne considèrent qu'à travers le voile de la grandeur et de la gloire. La commune est une société modeste et restreinte qui ne s'explique aux yeux de ceux qui la composent, et ne justifie les sacrifices qu'elle demande que lorsqu'elle pourvoit efficacement aux besoins généraux de la population assise sur son territoire. L'autorité s'y meut sous le regard de ceux qu'elle gouverne, et rien dans l'emploi des ressources et dans la répartition des charges n'échappe à l'attention vivement excitée des habitants.

Les difficultés d'organisation s'accroissent lorsque, pour rendre une commune plus riche, un territoire plus compacte, les intérêts placés sous une même administration plus homogènes, le gouvernement réunit plusieurs communes en un seul

[1] Librairie administrative de Paul Dupont.

centre municipal ou détache une fraction d'une commune pour la rattacher à une autre. Il faut alors constituer un pouvoir administratif, un conseil délibérant qui représente et identifie à la fois les intérêts divers fondus en un seul tout. Il faut, d'un autre côté, que les droits des sections soient respectés en tant qu'ils ne font pas obstacle à l'unité communale. Ces problèmes, sur lesquels la loi de 1837 [1] a pris de sages dispositions, ont donné lieu pourtant à des difficultés nombreuses et à une jurisprudence étendue. M. Aucoc, aujourd'hui maître des requêtes au conseil d'État, déjà connu par des dissertations savantes insérées dans l'*École des communes*, vient de faire du sujet que nous avons indiqué l'objet d'une étude approfondie.

On ne saurait trop applaudir à des travaux de ce genre qui tendent à préciser et à mettre en lumière les principes de la jurisprudence du conseil d'État. Il est possible que le juge administratif doive être investi d'un certain pouvoir discrétionnaire pour concilier par de prudentes transactions l'intérêt général et les intérêts privés que la rigueur du droit mettrait en hostilité. Mais ces palliatifs sont des exceptions, et il est essentiel, pour que la marche de la justice administrative ne soit pas une cause de déceptions pour les plaideurs, qu'elle soit dirigée par des règles fixes, formulées avec une netteté scientifique.

M. Aucoc, par la tendance naturelle de son esprit, aime à s'élever aux principes, aux idées générales, à les dégager des espèces. Appliqué toutefois, par ses fonctions, à la pratique des affaires administratives, il sait se garder de l'absolu ; il comprend les nuances. Il trouve naturellement le germe et le développement des idées qu'il adopte dans les décisions du Conseil d'État dont il découvre l'esprit général avec beaucoup de sagacité.

Le sujet de son livre a reçu des circonstances présentes un caractère d'actualité. Le gouvernement encourage les réunions qui donnent à l'élément communal plus de force, d'initiative et de moyens d'action pour le bien de tous. En outre, une loi récemment votée par le Corps législatif, a pour objet la mise en valeur des communaux incultes [2]. Elle soulèvera dans son exé-

[1] Loi du 18 juillet 1837. V. surtout le titre 1 et le titre 5.
[2] Séance du 19 juillet 1860.

cution, et elle ne tranche pas dans son texte de graves difficultés sur l'emploi du revenu des biens des sections de commune [1].

A cet égard, une divergence d'opinion a éclaté entre notre auteur et M. Caffin, sous-préfet à Rochechouart [2]. Ce débat a fourni à M. Aucoc l'occasion de défendre et confirmer les solutions qu'il avait émises dans son ouvrage [3]. En disant un mot de ces questions, nous montrerons par un exemple le mérite et l'utilité de l'œuvre que nous apprécions.

Des agglomérations diverses d'habitants, des communes ou des sections de commune, sont réunies de manière à ne plus former qu'une seule société municipale. Elles avaient, avant leur jonction, des biens, peut-être des magistrats spéciaux. Jusqu'à quel point tout ce qui était distinct va-t-il s'absorber dans l'unité nouvelle? Pour le décider, il faut se placer à différents points de vue. La commune est un corps politique : elle a un gouvernement. Elle est une personne morale; elle a des propriétés. Au point de vue politique et des pouvoirs qui subviendront aux besoins généraux de la commune, l'unité doit dominer. Un seul administrateur, un seul conseil délibérant [4], une seule caisse, un seul budget et un seul domaine embrassant les biens et les édifices d'utilité publique [5]; seulement l'autorité supérieure, exerçant une sorte de tutelle, doit être attentive à ce que la majorité du conseil ou la volonté de l'administrateur ne préfère pas les intérêts d'une partie de la commune, notamment du chef-lieu, à ceux d'une autre partie. Elle doit veiller à ce que la répartition des ressources soit égale ou mieux proportionnelle entre tous ceux qui contribuent à les former [6].

Mais si la commune ne doit pas être scindée, en tant que corps politique, elle peut au contraire, en tant que personne et propriétaire, se diviser en fractions. Non-seulement les sec-

[1] Notez que dans certaines parties de la France, surtout dans les pays montagneux du centre et de l'est, les communaux se divisent entre un très-grand nombre de sections propriétaires. Le département de la Lozère, par exemple, a 177 communes et 1,519 sections possédant des pâturages. V. n° 27.

[2] *Des droits de propriété des communes et des sections de communes sur les biens communaux;* Durand.

[3] V. deux articles dans l'*École des communes*, année 1860, p. 85 et 113.

[4] Page 56, n° 30; page 71, note 1.

[5] N°s 58 et suiv.

[6] N°s 41, 94 et suiv.

tions de commune conservent la propriété des biens qui leur appartenaient avant la réunion, mais encore elles peuvent acquérir des biens nouveaux, notamment par des dons ou des legs. Le donateur a la liberté de restreindre son bienfait à une portion quelconque d'habitants, et avec les autorisations prescrites par la loi, une section de commune est capable de recevoir.

Cette distinction entre la commune, centre et organisation des intérêts généraux d'un territoire, et la commune, personne habile à être propriétaire, est capitale en cette matière. Elle se développe dans toutes les parties du sujet.

Lorsqu'une fraction de territoire change de ressort municipal, il faut régler l'état de trois espèces de biens, les biens consacrés à un service public, les biens affermés qui produisent un revenu, et les biens dont l'usage et les fruits sont perçus en nature per les habitants [1]. — Les premiers sont attribués à la commune entière. Ils font partie du domaine public de ce corps politique. Ils sont affectés d'après leur nature à tel ou tel service d'utilité générale. — Quant aux seconds, à savoir les biens qui, avant la réunion, produisaient déjà des fruits civils, la propriété demeure à la section de commune jusqu'alors investie de ce droit; mais le revenu tombe et se confond dans la caisse municipale. Il est destiné aux dépenses générales de la nouvelle agrégation. Il constitue la dot, l'apport de chaque section dans l'association communale dont elle fait désormais partie [2].

La controverse la plus animée s'élève relativement aux biens de la troisième classe, ceux dont les habitants perçoivent les produits en nature. Aussi longtemps que les choses restent dans le même état, point de difficulté. La loi, de peur de froisser les habitudes, les intérêts des membres de la section annexée, décide formellement que ces derniers continueront à jouir exclusivement des droits et usages dont ils jouissaient avant la réunion [3]. Le législateur, qui souhaite les concentrations des forces locales, ne veut pas que les particuliers soient directement lésés par ce changement.

Mais ces biens peuvent être plus tard affermés. C'est un acte de bonne administration, conseillé par l'expérience aux corps

[1] Nos 57 et suiv.
[2] Nos 66 et suiv.
[3] Article 5 loi du 18 juillet 1837.

municipaux. Le profit retiré est plus considérable et la fécondité de la terre augmente. Qui décidera de cette transformation dans la jouissance? Sans aucun doute le conseil municipal, nécessairement unique, de la nouvelle commune agglomérée. La loi récente que nous avons citée dispose, il est vrai (art. 2), qu'en pareil cas, une commission syndicale représentant la section donnera préalablement son avis. Mais la décision n'en appartient pas moins au conseil municipal. Que deviendront les fermages? A quelles dépenses seront-ils appliqués? A celles qui profitent à la section propriétaire ou à des dépenses quelconques de la commune? La loi de 1837 est muette sur la question ainsi que celle de 1860. Elle fournit même à chaque opinion des arguments en sens contraire. Car lorsque des biens appartenant à un groupe d'habitants étaient amodiés avant leur adjonction à une commune, le revenu versé dans la caisse municipale ne se distingue pas des autres revenus compris dans le budget. Pourquoi, dit-on, n'en serait-il pas de même quand la mise en rapport par le louage est postérieure à la réunion? Le raisonnement est spécieux.

Mais écoutons les motifs de l'opinion opposée : A quoi sert-il d'avoir réservé aux membres d'une section la jouissance effective et exclusive de leurs communaux si, le lendemain de la réunion, le conseil municipal, dans lequel la section n'a peut-être pas des représentants en majorité, peut substituer à la jouissance en nature la location qui enrichira la commune entière? Le but de la loi sera-t-il atteint? Ce respect des droits et des avantages matériels de chaque hameau, annoncé comme un encouragement à la fusion, ne sera-t-il pas un leurre? — Sans doute il est plus commode, au point de vue administratif, de n'avoir pas à rechercher l'origine des deniers communaux pour en régler l'emploi; mais de quelle valeur est cette considération auprès du danger de causer des froissements, de faire naître des résistances, lorsqu'il est opportun d'incliner tous les vœux, toutes les volontés vers l'agrandissement de la famille communale? Tel est le sentiment de notre auteur, conforme à la jurisprudence du Conseil d'État [1].

Nous avons essayé de donner une idée sommaire de l'esprit

[1] Cette jurisprudence, rappelée par M. le président du Conseil d'État dans la séance du Corps législatif du 19 mars 1860, n'a rencontré aucun contradicteur dans la Chambre.

dans lequel est conçu le remarquable travail de M. Aucoc. Nous recommandons son ouvrage aux lecteurs qui aiment sur un sujet intéressant des recherches consciencieuses, une exposition méthodique, une discussion lumineuse et des conclusions précises. Qu'il nous soit permis de féliciter l'auteur de savoir prendre sur une vie très-occupée le temps nécessaire pour coordonner et formuler les idées qui jaillissent à chaque pas dans la pratique et qui n'ont toute leur valeur, dont on ne comprend toute la portée que lorsqu'elles sont placées dans l'ensemble des principes de la matière qu'elles concernent.

L. E. LABBÉ.

LES CODES FRANÇAIS, ETC., ETC.

Par M. Louis Tripier, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Compte rendu par M. A. Lalanne, ancien magistrat.

« La codification des lois a produit un grand bien, dit M. Foucart, en posant des principes certains et uniformes à la place de doctrines souvent contestables et de lois qui variaient à l'infini. Mais la codification a eu d'abord quelque conséquence fâcheuse pour la science. On s'est figuré, à tort, que toutes les difficultés avaient disparu, qu'il ne fallait plus s'occuper des théories qui n'étaient propres qu'à obscurcir le sens de la loi positive, que tout ce qui avait précédé les Codes était aboli sans retour, et qu'il n'était pas nécessaire de remonter plus haut que leur date ni de consulter autre chose que leur texte. L'étude du droit ainsi comprise aurait rapetissé ou plutôt anéanti la science. Heureusement de nombreuses protestations sortirent de la magistrature, de l'école et du barreau. Ces trois corps renfermaient dans leur sein des hommes nourris des doctrines de l'ancienne jurisprudence ; ils montrèrent par leurs exemples que, pour bien comprendre la loi écrite, ce n'était pas au-dessous, mais au-dessus d'elle, qu'il fallait se placer; ils dirent que les lois nouvelles n'étaient point une œuvre arbitraire du législateur, qu'elles avaient leur origine dans la philosophie et dans l'histoire, et que c'était là qu'on devait aller étudier leur esprit et puiser les lumières nécessaires pour les expliquer. »

Nous avons rappelé ce passage d'un discours de l'ancien doyen de la Faculté de droit de Poitiers, parce que M. Foucart, en montrant les bienfaits de la révolution législative qui s'est opérée presque de nos jours, en signalait les dangers. Aujourd'hui ces dangers ont définitivement disparu; les commentateurs de nos lois en découvrent l'origine dans la philosophie et dans l'histoire; ils se placent *au-dessus* de son texte pour en rechercher l'esprit. Mais il faut connaître la lettre de la loi pour lui donner la vie, si nous pouvons ainsi parler : d'où la nécessité d'un recueil qui renferme toutes les décisions législatives avec un complément des usages locaux auxquels renvoient plusieurs articles de nos Codes.

La question de la codification a donné lieu à de savantes discussions entre les partisans de l'école historique et de l'école philosophique. On peut dire que cette question est épuisée en théorie si elle n'est qu'en partie résolue en pratique, puisque tous les peuples n'ont pas de Codes, et les plus policés gémissent encore dans le chaos des lois non écrites, comme le remarque M. G. Rousset dans son ingénieux ouvrage *Sur la rédaction et la codification rationnelles des lois.* Quoi qu'il en soit, jusqu'au jour où la révision législative proposée par M. G. Rousset sera accomplie, il faudra rechercher le texte des lois dans les *cinquante-six Codes* en attendant la confection du *Digeste perpétuel et progressif;* et plus les partisans d'une recodification feront d'efforts pour en montrer l'utilité, mieux ils apprécieront la valeur d'un ouvrage qui facilite les recherches par une concordance exacte des divers documents législatifs.

M. Tripier s'est mis à l'œuvre; il publie la onzième édition de ses *Codes.* Les articles ont été collationnés sur les textes officiels. Les renvois sont indiqués avec beaucoup de soin. On trouve sous chaque titre les articles anciens ou nouveaux qui en expliquent, en modifient ou en abrogent les dispositions : ainsi, par exemple, sur l'article 9 du Code Napoléon, le texte des lois des 22 mars 1849, 22-29 janvier 1851, concernant les individus nés en France de parents étrangers; à la suite de l'article 22, la loi du 31 mai 1854, qui abolit la mort civile et détermine les incapacités qui se rattachent aux condamnations à des peines perpétuelles, avec un renvoi à l'article 18 du Code pénal auquel cette loi se réfère; au chapitre 8, relatif à la purge des priviléges et hypothèques, la loi du 23 mars 1855 sur la

transcription, et les articles de la loi du 11 brumaire an VII qu'il est indispensable de connaître lorsqu'il est question des hypothèques; dans le Code de procédure, les textes anciens et nouveaux sur la saisie immobilière, avec la conférence des articles et le renvoi au tarif; les lois des 17-23 juillet 1856, relatives aux sociétés en commandite par actions et à l'arbitrage forcé, et les articles du Code de commerce que ces lois modifient ou abrogent. Les Codes d'instruction criminelle et pénal sont rapprochés avec le même soin des articles qui les modifient. Les lois du 9 juin 1853 sur la déclaration du jury, du 17 juillet 1856, sur les pouvoirs nouveaux conférés au juge d'instruction; le décret du 12 avril 1848, qui abolit la peine de l'exposition publique; celui du 8 décembre 1851 sur la déportation, sont insérés à la suite des articles qu'ils abrogent.

En parcourant avec M. Tripier notre législation civile et criminelle, les lois générales et spéciales, nous n'avons pas eu à signaler une omission. Il faut ajouter que les *Codes* de M. Tripier sont les seuls où se trouvent les textes du droit ancien et intermédiaire nécessaires à rappeler pour l'intelligence de plusieurs dispositions des lois actuelles. Les tarifs en matière civile, criminelle et de police sont rapportés suivant une méthode qui rend les recherches faciles. Les lois nouvelles sont classées par ordre chronologique dans un supplément qui est complété, chaque année, par l'habile éditeur M. Cotillon. Ce supplément a pour les souscripteurs la valeur d'un bulletin des lois, dégagé de tout ce qui a rapport à l'intérêt privé. Il comprend, dans cette dernière édition, les lois promulguées jusqu'à la fin de 1859. L'impression et les caractères typographiques ne laissent rien à désirer.

M. Tripier en publiant ces *Codes* a fait un travail utile. Il est nécessaire de bien connaître les textes d'une législation pour en comprendre l'esprit, en pénétrer le sens, en apprécier les dispositions. Trouver les motifs de la loi en les dégageant, par une déduction logique, des termes qui semblent l'obscurcir, c'est faire un travail de jurisconsulte et c'est donner à l'étude de la législation une valeur scientifique. Les sciences morales ont leurs principes comme les sciences physiques; il faut les découvrir à l'aide de l'expérience et du raisonnement. « Réunir tous les textes nécessaires à l'intelligence d'une législation et rendre leur recherche aussi prompte que sûre, telles sont, dit

M. Tripier, les conditions d'un bon Code; c'est dans la pensée d'atteindre ce double but que je publie aujourd'hui *les Codes français.* » Parmi les travaux analogues, nous n'en avons pas trouvé qui se recommandent à plus de titres à notre examen et à nos éloges. Le classement, la méthode, la conférence des articles entre eux, un ensemble complet de législation, toutes les qualités qui distinguent ces ouvrages et font leur succès, nous les avons rencontrées.

Il aurait peut-être suffi de rappeler que cet ouvrage, publié en 1848, est arrivé à la onzième édition, que les ministères, les administrations publiques ont souscrit aux *Codes* de M. L. Tripier. Mais nous sommes moins préoccupé du nombre des souscripteurs que de la valeur de l'ouvrage, et nous n'avons pas tenu compte, pour apprécier cette publication, destinée « à faciliter et à fortifier les études juridiques, » des adhésions nombreuses qui sont venues définitivement en assurer le succès.

A. LALANNE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts sur les cautions des contraignables par corps.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

PREMIER ARTICLE.

SOMMAIRE.

1. Exposition et division du sujet.

§ I.

2. La soumission doit toujours être expresse quand la dette principale est purement civile.
3. La caution ne peut se soumettre à la contrainte, si le débiteur principal n'est pas contraignable.

§ II.

4. Non-commerçant cautionnant un commerçant pour affaire commerciale n'est contraignable que par sa soumission expresse.
5. Limitation de la règle.
6. La soumission ne peut être verbale, et la preuve, même l'aveu et le serment de la caution sur le fait de sa soumission à la contrainte par corps, doivent être rejetés.
7. Les Cours impériales ne sont pas souveraines dans l'interprétation des soumissions à la contrainte par corps.
8. Arrêts qui ont statué sur des cas où ils n'ont pas trouvé de soumission expresse.
9. Que les arrêts d'incompétence commerciale ne lient point absolument, sur le chef de contrainte par corps, le juge civil devant qui l'affaire est renvoyée.
10. Que les liens d'affection et de parenté ne sont pas toujours présomption suffisante que la caution n'est pas contraignable. Examen de l'arrêt de cassation du 20 août 1833.

§ III.

11. Les mêmes règles s'appliquent au commerçant qui en cautionne un autre pour fait de commerce, à moins qu'il ne prenne une forme commerciale de cautionnement.

§ IV.

12. Caution intéressée d'un commerçant virtuellement soumise à la contrainte par corps.

13. Le cautionnement de l'exécution d'un concordat n'est pas, en thèse générale, un cautionnement intéressé.
14. Même pour la caution non commerçante de l'exécution d'un contrat maritime, la participation est légalement présumée et la caution contraignable par corps. Dissentiment avec M. Troplong. Défense d'un passage d'Emerigon. Revue des lois anciennes et nouvelles sur la contrainte par corps appliquée au commerce de mer.
15. Limitations de notre proposition.

§ V.

16. Sur le cautionnement par aval. Motifs de la contrariété des arrêts en cette matière. Question générale.
. Origine de l'aval. Réglé quant à la contrainte par corps par l'ordonnance de 1673.
18. Des lettres et billets de change et des promesses d'en fournir suivant la même ordonnance.
19. Des avals placés sur la lettre de change même, ou sur le billet de change sous la même législation, et de l'opinion d'Heineccius, de Pothier et de Guyot que les avals séparés ne produisaient pas la contrainte par corps. Opinion contraire émise plus tard par M. Merlin. Usage de la place de Paris sous la loi de l'an VI.
20. Dissentiment avec M. Merlin. Pourquoi on s'est trompé sur le quatorzième parère de Savary.
21. Si le simple cautionnement écrit sur une lettre de change par un non-commerçant produisait la contrainte par corps sous l'ordonnance et devait être regardé comme aval.
22. Devait-on confondre, quant à la contrainte par corps, les promesses de fournir des lettres de change, avec les billets de change et leurs avals?
23. Si l'on en donnait pour les billets à ordre?
24. Changement de l'organisation judiciaire. Rétablissement de la contrainte par corps; loi de l'an VI; Code de commerce; loi du 17 avril 1832; et comment doit-être posée la question sous cette législation nouvelle.

1. Depuis 1833 que nous avons écrit un Commentaire sur la *Contrainte par corps* et que dans nos nos 14 et 15 sur l'article 2060, § 5°, page 17, nous avons traité des cas où les cautions des contraignables par corps sont elles-mêmes soumises à cette contrainte, la jurisprudence a présenté une telle confusion d'espèces et une telle incertitude de doctrine que nous nous croyons aujourd'hui obligé à revenir sur les principes.

1° La caution d'un contraignable par corps *en matière purement civile* n'est ainsi contraignable qu'autant qu'elle s'est elle-même soumise à la contrainte par corps.

2° La caution non commerçante d'un commerçant pour un

acte du commerce de celui-ci n'est pas contraignable par corps, si elle ne s'y est pas soumise, si elle ne participe pas à l'opération commerciale, ou si le cautionnement n'est pas, par lui-même et de sa nature, un acte de commerce.

3° Il en est de même du commerçant qui, sans prendre la forme commerciale d'endossement ou d'aval, se porte caution d'un autre commerçant, même pour affaire du commerce de celui-ci.

4° La caution d'un commerçant, intéressée dans l'affaire commerciale du cautionné, est contraignable par corps, et, si cette caution est commerçante elle-même, la preuve qu'elle n'est point intéressée à l'affaire est à sa charge. On examinera alors si cette exception peut être présentée en cas de cautionnement d'un contrat maritime, comme le pense M. Troplong.

5° Enfin le cautionnement donné par aval entraîne la contrainte par corps, même contre le donneur d'aval non commerçant, quand la lettre de change n'est pas simple promesse, ou que le billet à ordre ainsi garanti a été souscrit par un commerçant, sans énonciation de cause civile, ou par un non-commerçant pour acte de commerce.

De sorte qu'en certains cas la soumission à la contrainte par corps est *expresse*, quand on en trouve une déclaration formelle émanée de la caution ; elle est *tacite*, quand la caution commerçante prend une forme commerciale telle que l'endossement pour contracter, ou que la caution non-commerçante adopte une forme qui en soi est acte de commerce, comme l'aval, de sorte qu'il soit permis au juge de se dire, *Eadem vis est taciti ac expressi;* elle est *virtuelle* par le fait seul, quelle qu'en soit la forme, quand la caution, commerçante ou non, a un intérêt commercial à se porter caution.

§ I.

2. La première proposition ne fait aucune difficulté. — Il faut une soumission expresse à la contrainte par corps, de la part de la caution d'une personne civilement contraignable par corps, pour que l'on puisse exécuter la caution par cette voie. Ainsi la caution d'un stellionataire, d'un dépositaire public, etc., etc., ne sera pas contraignable par corps, même quand elle aurait offert ou donné sa garantie, mais sans soumission spéciale, après que le stellionat ou la perte du dépôt

aurait été prouvée. Le cautionnement d'une affaire civile est un contrat de bienfaisance à l'égard du cautionné, et ne peut jamais entraîner de soi cette coaction rigoureuse.

Nous devons même dire ici que, pendant une longue pratique des affaires, nous n'avons jamais vu d'exemples de cautionnement volontaire d'une dette civile avec soumission expresse à la contrainte par corps. Cela ne veut pas dire qu'il n'en existe pas, et surtout qu'il n'en doive pas exister. La loi est précise; *elle permet la soumission*, et par conséquent la stipulation de la part du créancier; et l'on conçoit facilement des cas où la position même de la caution justifierait la demande de contrainte par corps conventionnelle.

3. Notre première proposition en entraîne une autre : il est défendu en matière civile à la caution de se soumettre à la contrainte par corps, quand le débiteur principal n'y est pas soumis lui-même. La faculté de s'y soumettre n'est qu'une exception à la défense générale faite par l'article 2063 à tout Français d'engager la liberté de sa personne hors des cas déterminés par la loi.

Et comme tout commerçant jouit des immunités civiles pour tout ce qui est en dehors de son commerce, ce que nous venons de dire est commun à tout particulier et à tout commerçant qui cautionnerait, sans y être autorisé, un commerçant pour une affaire étrangère à son commerce, sauf les deux cas que nous venons de signaler dans notre exposition.

§ II.

4. Notre seconde proposition est qu'en principe un non-commerçant n'est pas contraignable par corps par cela seul qu'il a cautionné un commerçant dans une affaire commerciale.

Il est hors de doute que toute personne, commerçante ou non, qui cautionne un commerçant dans une affaire purement civile, ne consent qu'un simple cautionnement civil. Donc, non-seulement la caution n'est pas contraignable par corps, mais même elle ne peut se soumettre conventionnellement à cette contrainte; l'article 2063 le lui défend; l'article 2060 ne permet cette soumission qu'à la caution des contraignables par corps, et le cautionné lui-même n'est pas contraignable par corps, quoique commerçant, dans une opération purement civile, *putà*, dans l'achat d'une maison d'habitation.

5. Puisque la simple caution non commerçante d'un commerçant n'est contraignable par corps qu'autant qu'elle s'est soumise à cette contrainte, il faut que la soumission y soit expresse, à moins que la forme ne rentre dans le petit nombre de cas où la garantie donnée est par elle-même acte de commerce, ou quand l'opération couvre un acte de commerce fait par la caution elle-même, en tout ou en partie.

6. De ce que de la part du non-commerçant qui cautionne un commerçant ou l'acte de commerce d'un tiers, il faut une soumission à la contrainte par corps, on n'en doit pas conclure que cette soumission puisse être purement verbale. La faculté de s'engager par corps comme caution d'un contraignable est une exception du pur droit civil ; l'engagement ne peut donc résulter que de la loi et d'un acte de consentement passé en forme civile, et par conséquent le consentement à cautionner, même par corps, n'est civilement complet qu'alors qu'acte en a été donné au créancier par la caution. En effet, l'article 2063, en défendant *aux juges* de prononcer la contrainte par corps hors les cas déterminés par la loi, aux notaires et greffiers de recevoir hors les mêmes cas *des actes* dans lesquels elle serait stipulée, et à tout Français de consentir *pareils actes*, nous apprend certainement que la contrainte par corps conventionnelle dépend nécessairement d'*un acte en forme civile et probant par lui-même*.

Non que le cautionnement verbal soit nul quant à l'engagement de la caution sur ses biens, car le contrat de cautionnement est du droit des gens ; et, une fois avoué, il doit produire son effet, l'écriture n'y étant requise que pour la preuve et non pour le lien. Mais la soumission à la contrainte par corps n'existant pas civilement faute d'acte écrit, et la loi voulant que le consentement à cet égard ne soit pas parfait tant que la caution n'en aura point passé acte, la promesse du *par corps* ne peut être l'objet d'une preuve civile, faute de lien civil : *frustrà probatur quod probatum non relevat*.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé que le gendre non commerçant d'un marchand qui aurait avoué s'en être verbalement porté caution, devait être renvoyé de l'action commerciale (*Cass.*, 21 *novembre* 1855).

7. De cette même raison que la permission aux cautions de s'engager par corps en certains cas déterminés est de pur droit

civil et qu'elle est limitée de sa nature, il faut conclure encore que la Cour de cassation ne s'arrêterait pas devant une interprétation contraire à la liberté de la caution si les termes de la soumission étaient obscurs, incertains ou ambigus, et que les Cours impériales ne sont pas, en cette partie, souveraines dans l'interprétation des clauses d'où elles font résulter la soumission du non-commerçant.

8. En général, on a jugé qu'il n'y avait pas soumission expresse par le non-commerçant à la contrainte par corps, dans les cas suivants, soit pour prononcer la contrainte par corps, soit pour renvoyer la caution de la juridiction commerciale;

Ni quand, sans participer dans l'opération, un simple particulier se rendait caution auprès d'un marchand du prix des vins qu'une débitante lui achetait (*Poitiers*, 29 *juillet* 1824), ou s'était rendu par pure bienveillance caution du payement d'un attelage de deux bœufs vendus à un voiturier pour l'exercice de son état (*Cass.*, 21 *juillet* 1824), ou avait cautionné un crédit de 2,000 francs ouvert à une marchande chez des négociants (*Lyon*, 4 *février* 1835);

Ni quand une mère avait cautionné les condamnations obtenues contre son fils, pour raison de lettres de change (*Poitiers*, 14 *mai* 1834); quand un fils avait cautionné par lettre missive la dette commerciale de son père, et que le créancier avait ensuite trouvé bon de faire traite pour obtenir payement (*Rouen*, 19 *mars* 1847); quand un père, par pure bienveillance pour son fils, avait garanti par un simple cautionnement les avances faites et à faire par un banquier à une société de commerce dont son fils faisait partie (*Douai*, 26 *avril* 1847); ni quand un père non commerçant s'était rendu caution d'un acte d'atermoiement de son fils envers ses créanciers (*Cass.* ,20 *août* 1833); et de même du père non commerçant qui avait cautionné son fils, acquéreur d'un fonds de commerce, pour les sommes qui resteraient dues aux vendeurs, avec promesse même de donner sa signature sur les billets d'annuité, pour complément du prix, car ce n'était pas là la soumission expresse que la loi requiert pour donner lieu contre la caution à l'exercice rigoureux de la contrainte par corps (*Cass.*, 7 *juin* 1837); de même d'une femme et d'un fils qui s'étaient portés cautions de leur père et mari envers un associé qui lui avait cédé ses droits dans une société commerciale (*Paris*, 15 *juillet* 1854); de deux frères, simples commis

chez leur frère, qui avaient promis de payer deux billets alors arriérés de ce frère, s'il venait à tomber en faillite (*Cass.*, 26 *janvier* 1852, *et Grenoble*, 6 *avril* 1854), et de la femme d'un commerçant qui avait cautionné l'ouverture de crédit à lui faite par une maison de banque, sans qu'on eût articulé contre elle, dans les conclusions, qu'elle eût fourni aval aux effets de commerce de son mari (*Douai*, 21 *mars* 1849).

En groupant ainsi ces arrêts afin de bien faire saisir l'esprit de la jurisprudence par la multitude des espèces, nous avons averti que quelques-uns n'ont statué que sur l'incompétence du tribunal de commerce, parce que souvent la déclaration d'incompétence décide implicitement qu'il n'y a lieu à contrainte par corps contre la caution civile du commerçant.

9. Mais il ne faut pas donner à cette proposition une portée absolue qu'elle ne doit pas avoir. La déclaration d'incompétence ne préjuge sur la contrainte par corps que l'opinion des magistrats sur les faits conclus devant eux lors de la proposition d'incompétence, et l'admission de l'incompétence par le tribunal de commerce ou par la Cour sur l'appel ne lie pas le juge civil sur l'application de la contrainte par corps aux faits qui lui seront spécialement soumis lors du jugement du fond. La compétence seule a été jugée, et le tribunal compétent aura toujours à examiner à son tour si la caution s'est soumise expressément, tacitement ou virtuellement à la contrainte par corps.

10. Nous ne voudrions pas non plus que de ces nombreux arrêts, la pratique, toujours facile à généraliser les faits particuliers, tirât la règle que l'amitié, la bienfaisance, les liens du sang et du mariage envers le commerçant cautionné, suffisent pour écarter la contrainte par corps de la caution qui n'a pas fait de soumission expresse. La bienfaisance et les affections du cœur sont généralement des présomptions de gratuité dans le cautionnement; mais si le cautionnement n'est dans la réalité qu'un mode d'exécution d'une affaire commerciale faite dans l'intérêt de la caution elle-même, la parenté s'effacera, et le fait commercial, dont le cautionnement n'est que le prix ou le moyen, dominera le droit et fera prononcer le *par corps*. Exemple : — J'exerce une profession civile, mais je veux faire le commerce sous le nom de mon frère; il n'est que mon prête-nom, et, malgré les apparences, il n'est que mon facteur; ou bien je

m'associe secrètement avec lui, sans publication des actes de société, ou je fais avec lui, mais sous son nom seul, une affaire commerciale dont il me rendra compte, et je le cautionne en banque, sans me soumettre à une contrainte à laquelle je veux échapper. Dans tous ces cas et autres semblables, je suis *virtuellement* soumis à la contrainte par corps, parce que j'ai fait, quoique simple particulier, un acte de commerce, ou le commerce même sous un pseudonyme. Le droit aboutit toujours à la vérité, et le voile soulevé, je serai condamné par corps.

En effet, deux règles bien distinctes.

Point de contrainte par corps contre la caution civile d'un commerçant, si elle ne s'y est soumise expressément. Les articles 2060, § 5, et 2063 s'y opposent.

Contrainte par corps impérative et juridiction commerciale, d'après les lois commerciales (Code comm., art. 631; loi du 17 avril 1832, art. 1er et 3) contre toutes personnes pour actes de commerce.

L'article 2070 du Code civil déclare ne point déroger aux lois particulières qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce; donc, l'article 2060, § 5, est inapplicable à la personne civile, dont le cautionnement pour son prête-nom ou pour son associé secret n'est que le mode de payement des actes de commerce auxquels il se livre par l'intermédiaire d'autrui.

Donc, la règle est que le non-commerçant qui cautionne un commerçant sans faire de soumission à la contrainte, y est virtuellement soumis quand son cautionnement est la couverture des actes de commerce faits pour son compte.

On invoque cependant contre cette doctrine un arrêt de la Cour de cassation du 20 août 1833, dont il faut bien connaître l'espèce.

En 1824, Thibaut fils, négociant, obligé de suspendre ses payements, fit avec la plupart d'entre eux un simple acte d'atermoiement en payant le capital de sa dette en huit années. — Thibaut père intervint et cautionna les premiers 40 pour cent, à la condition qu'il s'emparerait de l'actif de son fils et en disposerait à son gré; que le père endosserait les billets à souscrire par le fils pour les premières annuités formant les 40 pour cent; que ce cautionnement n'aurait d'effet qu'autant que Thibaut fils aurait obtenu la signature du dernier créancier, et serait consi-

déré comme non avenu si Thibaut père était poursuivi à l'occasion des billets qu'il s'était chargé d'endosser. En fait, Thibaut fils ne parvint pas à réunir les signatures de tous.

En 1826, Boc Saint-Hilaire, l'un des signataires de l'acte, assigna Thibaut père en payement de 4,723 francs 96 centimes pour sa part dans les 30 p. 100 lors échus, et en remise d'un billet pour le 10 p. 100 formant le complément des 40 pour cent cautionnés. — Thibaut se retrancha sur ce que le concordat ne réunissait pas toutes les signatures. — Boc Saint-Hilaire soutint de son côté que Thibaut père avait exécuté le contrat en la partie qui l'autorisait à disposer de l'actif de son fils, et voulait le prouver par une facture constatant la vente de vingt fûts d'eau-de-vie avec cette souscription : *Pour acquit pour mon fils*, signé *E. Thibaut*.

Le tribunal de commerce de Rouen, ne voyant dans cette facture que l'exécution d'un mandat que le père tenait de son fils, débouta Boc Saint-Hilaire de sa demande.

Mais sur l'appel, arrêt de la Cour de Rouen, du 30 juillet 1830, qui refusa de voir un mandat dans l'énonciation de la facture; au contraire, la Cour y vit une preuve que le père, retiré du commerce et non patenté, avait profité du contrat en réalisant l'actif du fils sous le nom de celui-ci, qui, n'ayant pas été régulièrement déclaré en faillite, n'était pas dessaisi légalement de l'administration de ses biens : en conséquence, elle infirma et condamna Thibaut père, *même par corps*, à payer les trois dixièmes échus et à fournir le billet complémentaire du dernier dixième du cautionnement.

Pourvoi en cassation, en ce que la Cour royale avait refusé de voir une exécution de mandat dans la facture ainsi quittancée; en ce qu'elle avait refusé de tenir compte des clauses résolutoires de l'atermoiement; enfin en ce qu'elle avait condamné *par corps* un non-commerçant qui s'était porté caution d'un commerçant sans se soumettre à la contrainte par corps dans l'acte de cautionnement.

La Cour de cassation a rejeté les deux premiers moyens, parce « qu'il était du domaine de la Cour royale de décider « souverainement si Thibaut père avait touché par lui-même et « conservé le prix de vingt fûts d'eau-de-vie appartenant à son « fils, et que l'on ne devait pas s'arrêter à la qualité de manda- « taire ajoutée par le sieur Thibaut père dans l'acquit de la fac-

« ture; que ceci une fois admis, le sieur Thibaut père, réten-
« tionnaire de valeurs dépendantes de la propriété de son fils,
« et ayant exécuté l'acte dans la partie qui lui était avantageuse,
« devait être condamné à acquitter son cautionnement; » mais elle a cassé sur le troisième moyen : « Attendu que Thibaut père « étant reconnu n'être pas négociant, et ne s'étant pas soumis à « la contrainte par corps dans le cautionnement, il ne pouvait « être condamné par corps, mais par les simples voies de « droit. »

Certes, on peut détourner cet arrêt contre notre doctrine en se demandant si Thibaut père, non commerçant, n'achetait pas, au prix de son cautionnement, les valeurs commerciales de son fils pour les revendre, et ne faisait pas ainsi acte de commerce. .....Pour nous, nous ne pouvons le regarder autrement que comme un arrêt d'espèce. — D'abord, rien de ce que nous connaissons de l'arrêt de Rouen n'indique que la cause de la contrainte par corps y ait été indiquée, ni que la Cour de Rouen ait dit qu'il y ait eu acte de commerce dans la condition attachée au cautionnement. En second lieu la qualité de père et ce qu'on sait en général du résultat des faillites font penser que l'actif était bien au-dessous des 40,000 francs cautionnés, sans quoi les créanciers se seraient hâtés de se faire adjuger l'actif; le père ne le prenait donc que pour liquider transactionnellement dans l'intérêt de son fils les affaires de celui-ci; et quoiqu'il dût disposer de l'actif à son gré, ce n'était pas là un achat commercial proprement dit. On ne peut donc, d'un cas particulier de la nature de celui-ci, tirer une règle de droit.

§ III.

11. Ce que nous venons de dire dans le § II du non commerçant, qui cautionne un marchand sans se soumettre à la contrainte par corps, s'applique aussi (peut-être sauf le commerce de mer) à tout cautionnement désintéressé d'un commerçant au profit d'un autre, même pour les affaires commerciales de celui-ci, pourvu que la caution ne prenne pas la forme commerciale d'endossement ou d'aval. Les lois civiles sur le cautionnement et sur la contrainte par corps régissent les commerçants hors de leur propre commerce, comme les autres citoyens.

§ IV.

12. Nous avons déjà démontré à la fin du § II, et nous répéterons ici, que toute caution de commerçant, intéressée commercialement dans l'affaire entreprise par ce commerçant, est contraignable par corps. Nous en avons déjà donné la raison. La caution fait acte de commerce, puisqu'elle participe à un acte de commerce et que tout acte de commerce entraîne la contrainte par corps à l'égard de toute personne.

La seule différence qu'il y ait sous ce rapport, entre la caution commerçante et la caution non commerçante, c'est que le commerce n'étant pas dans l'usage d'engager sans cause commerciale sa signature au profit d'autrui, la caution commerçante de profession est facilement présumée être participante de l'opération entreprise par le cautionné, et qu'en conséquence c'est à la caution commerçante à justifier par les circonstances du fait qu'elle a fait un vrai contrat de bienfaisance, comme dans l'espèce de l'arrêt d'Angers, du 8 février 1830, où les deux frères Cesbron, cautions de leur frère, apportaient ces présomptions contre la commercialité du contrat, qu'outre les liens du sang qui les avaient engagés à être utiles à leur frère, ils avaient chacun signé le cautionnement de leur signature individuelle, sans prendre leur raison sociale Cesbron frères, et qu'ils avaient stipulé la division du cautionnement par moitié pour chacun, malgré l'usage ordinaire du commerce où la solidarité est de droit commun.

La question sera presque toujours une question de fait.

13. Nous signalerons pourtant un cas où fréquemment la caution, même commerçante, ne devra pas être regardée comme ayant fait un acte de commerce, et par conséquent ne sera pas contraignable par corps : c'est le cas où elle répondrait de tout ou partie des effets d'un concordat; car un concordat n'est pas un acte de commerce, ce n'est qu'une transaction, et le cautionnement y est presque toujours acte de bienfaisance.

Quant à la caution non commerçante, la preuve qu'elle était intéressée dans l'opération de commerce sera toujours à la charge du demandeur.

14. Il y a cependant des cas où le non-commerçant qui cautionne un acte de commerce est censé se soumettre à la contrainte par corps sans stipulation spéciale, qu'il profite ou non

du contrat principal : c'est quand la loi *déclare commerciale* l'espèce de cautionnement, comme l'aval dont on parlera bientôt, et le cautionnement d'un contrat du commerce maritime dont nous allons parler ici.

Notre attention a été dirigée sur cette question par un passage de M. Troplong, dans son *Traité du cautionnement*, n° 169, où il blâme Emerigon *de n'avoir pas hésité* à décider que « celui « qui a cautionné un billet à la grosse est DE PLEIN DROIT soumis « à la contrainte par corps tout comme le preneur des deniers. « Mais le temps épure le droit, de même qu'il perfectionne toute « chose; peut-être qu'à l'heure qu'il est, Emerigon y aurait « mieux réfléchi avant d'émettre cette doctrine : *Pleige ne peut « perdre son corps par pleigerie.* Cette vieille règle de Beau- « manoir est plus vraie aujourd'hui que jamais, et nous éten- « dons à la contrainte par corps un adage libéral que nos aïeux « appliquaient à la servitude. » M. Troplong revient encore à ce sujet et professe la même doctrine sur l'article 2060 du Code, n° 144; il y enseigne directement ce qu'il avait décidé occasionnellement sous l'article 2016.

Nous n'avions pas songé à parler en particulier, sur l'article 2060, § 5, des cautions en matière du commerce de mer, et nous nous étions contentés de dire généralement sur l'article 1er de la loi du 17 avril 1832, n° 19, que les contrats du commerce maritime produisent TOUJOURS une dette commerciale. Disons donc maintenant que si Emerigon n'a point hésité à dire que la contrainte a lieu de plein droit contre la caution de l'emprunteur à la grosse aventure, IL A EU RAISON, et qu'il n'a en cela exprimé qu'un cas d'une règle générale résultant de la législation de son temps, selon laquelle *tous* les contrats concernant le commerce de mer entraînaient la contrainte par corps. Nous pensons donc qu'il ne changerait pas d'opinion aujourd'hui, parce que les lois nouvelles sont la reproduction des lois de son temps.

Consultons les textes en vigueur au temps d'Emerigon : Les contrats maritimes, d'abord du ressort des juges de l'amirauté, furent soumis aux juges de commerce par l'article 12 du titre 7 de l'ordonnance de 1673, qui leur attribua la connaissance des différends « à cause des assurances, grosses aventures, pro- « messes, obligations et contrats concernant le commerce de la « mer. » — Cette attribution nouvelle, suspendue d'abord par

deux arrêts du Conseil des 23 juin et 28 juin 1673, abrogée par un troisième arrêt du 13 avril 1793, fut rendue aux amirautés par l'article 2 du titre 2 du livre Ier de l'ordonnance de la marine, qui leur attribua « privativement ENTRE TOUTES « PERSONNES, *de quelque qualité qu'elles fussent*, françaises ou « étrangères, tant en demandant qu'en défendant, la connais- « sance *de tout ce qui concerne* la construction, les agrès et « apparaux, armement, avitaillement et équipement, vente et « adjudication des vaisseaux (art. 1er), ainsi que de toutes ac- « tions qui procèdent..... des polices d'assurances, obligations « à la grosse aventure ou à retour de voyage, *et généralement* « *de tous contrats concernant le commerce de la mer*, etc., etc. »

Or, la contrainte par corps était tellement de l'essence de cette juridiction que « les jugements donnés en matière de « vente et achats de vaisseaux, fret ou nolis, engagement ou « loyer de matelots, assurances, grosses aventures OU AUTRES « CONTRATS CONCERNANT le commerce et la pêche de la mer, « étaient exécutoires par corps. » (Art. 4 du titre 13 du même livre.)

Ce n'était point une contrainte par corps *facultative* ou *conventionnelle*, mais une contrainte par corps *impérative et de plein droit*. C'est prouvé par l'article 6 du titre 13. Il permet en outre « aux parties de s'obliger *par corps* en tous contrats ma- « ritimes, et aux notaires d'en insérer la clause dans ceux qu'ils « auraient à recevoir ; » mais ce n'est pas pour faire supposer qu'une soumission à la contrainte par corps soit nécessaire pour l'obtenir du juge ; au contraire, c'est pour la rendre plus rapide et pour dispenser le créancier des frais d'un jugement pour l'exécution du *par corps*, et « permettre aux huissiers *d'em-* « *prisonner* en vertu de la soumission authentique, sans qu'il « soit besoin de jugement. » C'est une dérogation à l'article 6 du titre des *Décharges des contraintes par corps* en l'ordonnance de 1667, qui avait posé les mêmes principes que l'article 2063 du Code Napoléon.

Du temps d'Emerigon il n'y avait donc qu'un seul point à examiner sur la question de savoir si les cautions de l'exécution d'un contrat maritime étaient contraignables par corps. Ce point était d'examiner si les termes de la loi étaient assez généraux pour comprendre les contrats accessoires comme les contrats principaux. — Or, les mots « *promesses, obligations et*

« *contrats* CONCERNANT *le commerce de la mer* (de l'ordonnance « du commerce), » et les mots de l'ordonnance de la marine, « *toutes actions qui procèdent généralement de tous contrats* CON- « CERNANT *le commerce de mer*, » sont d'une telle généralité qu'on ne peut se refuser raisonnablement à voir un contrat, promesse ou obligation CONCERNANT le commerce de mer dans le cautionnement consenti au prêteur à la grosse qui ne se fie pas à la probité du principal contractant. Qui dit tout, n'excepte rien. Qui fait une énumération et ajoute « *généralement* » n'opère point limitation. Qui dit « tous contrats *concernant* le commerce de mer, » ne borne pas son idée aux contrats qui n'appartiennent qu'à ce commerce; elle s'étend à tous ceux *qui le concernent*, qui le facilitent et aident à le mettre en action.

Après ces raisons de textes, plus puissantes que le courant d'idées actuelles qui repousse notre opinion, consultons l'analogie.

Les assurances maritimes emportent contrainte par corps au profit de l'assuré pour les risques, au profit de l'assureur pour la prime ou coût de l'assurance; personne n'en doute, puisque les *assurances* sont nommément comprises dans les ordonnances. Or, le contrat d'assurances est un accessoire des contrats maritimes principaux, comme le cautionnement est l'accessoire de tous les contrats auxquels il vient se joindre; et l'énumération législative est la preuve que, sous les termes généraux et complétifs « *tous contrats* CONCERNANT *le commerce de mer*, » les rédacteurs des ordonnances ont compris les contrats accessoires à un autre contrat; en effet, le contrat d'assurances, bien qu'employé plus fréquemment dans les affaires de mer, a pu avoir et a souvent un objet purement civil, et dans ce cas n'engendre pas la contrainte par corps. Les matières du commerce de mer, toutes exceptionnelles et soumises *entre toutes personnes* aux juridictions des juge et consuls ou de l'amirauté, qui prononçaient le *par corps*, devaient donc au contraire imposer cette voie de contrainte au cautionnement, quand le cautionnement devenait l'auxiliaire d'un contrat maritime.

Consultons maintenant l'utilité. Pourquoi le commerce maritime était-il, *entre toutes personnes*, protégé par une juridiction spéciale et par la contrainte par corps? Évidemment pour deux causes : la première, parce que ceux qui exercent une profession aussi nécessaire, aussi périlleuse, aussi dépendante du

temps et de l'inconstance des éléments, doivent avoir une juridiction et un mode d'exécution rapides ; la seconde, que dans les pays maritimes les particuliers, même ceux qui n'exercent pas de profession, font presque tous de temps à autre quelque opération du commerce de mer, soit en leur nom personnel, soit sous celui d'un prête-nom. C'est un mode de placement. La caution de celui qui garantit l'exécution d'un contrat maritime, qui fait ainsi une promesse concernant le commerce de mer est, au nom de l'intérêt public, dans la même position que les cautions de marchés publics qui sont soumises de plein droit à la contrainte par corps, que les commerçants qui en cautionnent un autre sous la forme commerciale d'endossement, et que les particuliers qui apposent leur aval sur une vraie lettre de change; or, tout cela est fondé sur la même présomption que la caution a un intérêt pécuniaire à fournir son cautionnement, ce qui est vrai dans la plupart des cas, et ce qui ôte au cautionnement maritime son caractère de contrat de bienfaisance.

Maintenant, depuis qu'Emerigon a écrit, rien n'a changé sur ce point. La loi des 16-24 août 1790 a rétabli l'article 7 du titre 12 de l'ordonnance de 1673, en attribuant aux tribunaux de commerce par l'article 2 du titre 12 « la connaissance de toutes les affaires de commerce *tant de terre que de mer*, » et en disant (art. 5) que la contrainte par corps aurait lieu pour l'exécution *de tous leurs jugements*. Cette compétence a été confirmée par la loi du 13 août 1791. — Si la contrainte par corps a été abolie le 9 mars 1793, elle a été rétablie par la loi du 24 ventôse an V, et réglée par la loi du 15 germinal an VI, qui, dans l'article 4 du titre 2 (*De la Contrainte par corps en matière de commerce*), a reproduit les termes des ordonnances : « La contrainte par corps aura lieu également pour « l'exécution *de tous contrats maritimes*, tels que grosses aven- « tures, chartes-parties, *assurances*, engagements ou loyer de « gens de mer, ventes et achats de vaisseaux, pour le fret et « le halage, ET AUTRES CONCERNANT le commerce et la pêche de « la mer. »

Le Code civil est venu ensuite. Il n'a réglé que la contrainte par corps en matière purement civile, et son article 2070, déclarant ne point déroger aux lois particulières qui autorisent la contrainte par corps dans les matières de commerce, laissait

régner l'article 4 du titre 2 de la loi du 15 germinal an VI. Puisque le cautionnement de l'exécution d'un contrat maritime était entre toutes personnes une promesse CONCERNANT le commerce de mer, il restait, nonobstant l'article 2060 du Code civil et par la force de l'article 2070, soumis à la juridiction commerciale et à la contrainte par corps.

Enfin en 1808 le Code de commerce est mis à exécution. L'article 631 attribue aux tribunaux de commerce *entre toutes personnes* la connaissance des contestations relatives aux actes de commerce, et l'article 633 répute *actes de commerce* « toute entreprise de construction, etc., etc....., tout affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse, toutes assurances *et autres contrats* CONCERNANT le commerce de mer..... » La loi commande dans les mêmes termes qu'auparavant.

Ainsi, tenons pour certain que le cautionnement par un non-commerçant de l'exécution d'un contrat fait pour le commerce de mer est lui-même un acte de commerce de la même nature qu'un aval apposé sur une lettre de change ou qu'une assurance maritime, et que la caution est de plein droit contraignable par corps, parce que le Code Napoléon, dans l'article 2060, § 5°, n'a pas compris cette espèce de caution dans celles dont il parle.

Nous ne croyons pas nous tromper, et nous pensons même que si une erreur est échappée à M. Troplong, c'est par une inadvertance qu'a produite en lui la vérité générale qu'il soutenait sur l'article 2016. Il répondait à l'erreur de ceux qui, entendant mal les mots « *tous les accessoires* de la dette principale » lors d'un cautionnement indéfini, les étendent même aux moyens de contrainte, et il combat fortement l'opinion que le cautionnement indéfini d'un contraignable par corps engage virtuellement la liberté de la caution. M. Troplong a pleinement raison en principe général; il a même raison dans les autorités qu'il cite, quoique nous les regardions comme inapplicables : Beaumanoir veut bien dire que celui qui se porte caution envers son seigneur de représenter un accusé de crime au jour fixé pour le jugement, n'est tenu que sur ses biens, de la contumace du cautionné, même quand il aurait eu l'imprudence de répondre *corps pour corps* de le représenter à justice; et la Cour de cassation a jugé en effet que le non-négociant qui cautionne la dette commerciale d'autrui n'est pas par cela seul

contraignable par corps. Mais les textes des ordonnances du commerce et de la marine, non plus que ceux de la loi de l'an VI et du Code de commerce, n'étaient point écrits du temps de Beaumanoir; et si l'arrêt du 20 août 1833 porte textuellement que la caution civile d'un commerçant n'est pas soumise à la contrainte par corps, l'espèce démontre qu'il ne s'agissait pas de la caution d'un contrat maritime.

15. Hâtons-nous de remarquer qu'en cette matière comme en matière d'aval, il est loisible à la caution d'exprimer qu'elle n'entend s'engager que sur ses biens.

Remarquons encore que s'il s'agissait de se porter caution de ce qui serait dû par suite d'une transaction sur une affaire maritime consommée, la caution non commerçante et qui n'aurait pas participé à l'affaire arrangée ne paraîtrait pas devoir être contrainte par corps, si elle n'en a pas fait soumission dans l'acte de cautionnement. Ce ne serait pas, de la part de la caution, un contrat concernant le commerce de la mer, mais un contrat de pure bienfaisance, pour arrêter les suites fâcheuses ou les conséquences consommées de ce commerce, ce qui est bien différent.

§ V.

16. Nous arrivons à notre cinquième proposition. Le cautionnement donné par aval entraîne la contrainte par corps, même contre le donneur d'aval non commerçant, quand la lettre de change en a le vrai caractère et n'est point simple promesse, ou que le billet à ordre garanti suivant ce mode a été souscrit par un commerçant pour cause commerciale, ou par un non-commerçant pour acte de commerce.

Sur ce sujet, la jurisprudence des arrêts présente une foule de décisions souvent inconciliables. Outre la difficulté de rétablir les espèces des arrêts rendus souvent dans des circonstances inconnues à ceux qui en ont rendu compte, il y a plusieurs causes de ces contrariétés. Les plus considérables sont : la rigueur extrême apportée à l'application de la contrainte par corps aux affaires commerciales, lors de son rétablissement en l'an V et l'an VI; la défaveur qui s'y est attachée à partir de 1825; la difficulté de savoir si l'aval n'était qu'un cautionnement ou s'il ne serait pas au moins en même temps un acte de commerce spécial et déterminé par la loi; l'absence d'un titre sur

la contrainte par corps dans le Code de commerce, et par conséquent le doute de savoir si, sous le Code de commerce, la contrainte par corps devait être appliquée en vertu de la loi du germinal an VI à certains actes, tels que les billets de change, que le Code de commerce n'avait pas compris dans l'énumération des actes de commerce; enfin le doute sur la question de savoir en quoi la loi du 17 avril 1832 a dérogé à la loi de germinal an VI et au Code de commerce sur la contrainte par corps.

Les deux questions fondamentales sont de savoir précisément sous chaque législation ce que c'est qu'un aval, et dans quel cas l'aval produit la contrainte par corps, ce qui se réduira sous notre législation actuelle à cette dernière question : « *Le débiteur par aval* d'une lettre de change (ou d'un billet à ordre souscrit par un commerçant pour cause commerciale) *a-t-il contracté une dette commerciale?* Si la dette principale est commerciale, la contrainte par corps y est attachée, quelle que soit la qualité civile du donneur d'aval.

17. L'aval est une invention du commerce. Pour garantir à quelqu'un les effets d'une promesse commerciale, on s'est contenté d'écrire au bas de la signature du promettant *à valoir* et de signer; et l'on a assuré ainsi l'exécution de la promesse d'un tiers : on promettait personnellement de la *faire valoir*.

De là le nom d'*aval* donné à ce contrat. C'était un moyen de crédit pour le papier ainsi garanti.

De là l'usage de mettre sur le papier de commerce *pour aval* et de signer. L'usage ne réclamait que cela.

On prit même une forme plus abrégée. Le donneur d'aval se contenta d'apposer sa signature au-dessous de celle dont il garantissait l'effet. — Cette forme rapide était fondée sur l'idée qu'en commerce la signature n'est jamais donnée sans l'intention de prendre une obligation; et cette forme abrégée s'est perpétuée jusqu'à présent, quoique peu fréquente. (Pothier, *Contrat de change*, nos 26 et 50; *Colmar*, 22 *novembre* 1811; *Cass.*, 25 *janvier* 1814, où il est dit que le donneur d'aval non-négociant n'est pas tenu d'énoncer sur son cautionnement, au dos du billet, la somme en toutes lettres).

Nous avons dit quelle était la forme simple et primitive de l'aval. On s'est avisé aussi, *bien avant l'ordonnance de* 1673, de faire des avals par contrat séparé. La forme était de dresser une copie de l'effet en circulation et de mettre au-dessous :

Pour aval de l'effet ci-dessus copié, avec la signature du donneur d'aval. On pouvait tout aussi bien dresser un bordereau de diverses lettres de change et donner un aval au pied.

Ce n'était pas seulement des lettres de change qu'on pouvait donner aval, mais de tous les contrats qui consistaient en négociation d'effets commerçables.

Vint l'ordonnance du commerce qui régla cette matière et qui nous semble avoir restreint, à l'égard des non-commerçants, les cas où l'aval produirait la contrainte par corps.

L'article 1er du titre 7 de l'ordonnance de 1673 portait : « Ceux qui auront signé des *lettres ou billets de change* pour-« ront être contraints par corps; ensemble ceux *qui y auront* « *mis leur aval,* qui auront promis d'en fournir avec remise de « place en place, *qui auront fait des promesses pour lettres de* « *change à eux fournies ou qui le devront être;* entre tous négo-« ciants ou marchands qui auront signé des billets pour valeur « reçue comptant ou en marchandises, soit qu'ils doivent être « acquittés à un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au « porteur. »

18. La matière des *Lettres et Billets de change et promesses d'en fournir* était réglée par le titre 5 de cette ordonnance.

Les billets de change étaient alors d'un usage fréquent sur la place de Paris. Leur forme essentielle était réglée par les articles 27, 28, 29 et 30 de ce titre 5. Il y en avait de deux sortes : les billets de change pour lettres de change fournies; les billets de change pour lettres de change à fournir. La fourniture faite ou à faire de lettres de change y était essentielle; toute autre valeur fournie ou promise les aurait fait dégénérer en un autre contrat. Ainsi la promesse de fournir des marchandises, de l'argent ou toute autre chose, leur aurait enlevé leur caractère. Le billet pour lettres de change fournies se souscrivait par celui qui les recevait et qui devait y faire mention de celui sur qui elles avaient été tirées, de celui qui en avait payé la valeur et si ce payement avait été fait en deniers, marchandises ou autres effets. Le billet pour lettres de change à fournir était souscrit par celui qui s'engageait à faire cette fourniture; mais il devait énoncer de quel lieu les lettres seraient tirées si la valeur en avait été reçue et de quelles personnes; et tout cela était de l'essence de ce contrat, sans quoi le billet devenait promesse ordinaire. Ces billets de change ainsi faits étaient billets de

commerce, et quand ils étaient payables à ordre ou au porteur, ils étaient susceptibles d'endossement et de transmission, de sorte qu'on pouvait transporter à un autre par négociation le droit d'obtenir du souscripteur des lettres de change sur telle place, avant que d'en être possesseur, comme le banquier qui en avait fourni pouvait négocier par endossement ou par tradition à un tiers, le billet de change à ordre ou au porteur qui promettait à l'échéance y fixée le prix des lettres de change qu'il avait livrées. Tout ce mécanisme commercial est fort bien expliqué dans le *Nouveau Denisart*, mot *Billets de commerce.*

Remarquons tout de suite que si *entre toutes personnes* les juges consulaires étaient compétents pour connaître des lettres de change ou remises d'argent faites de place en place, ils ne connaissaient pourtant des billets de change que quand ils étaient faits entre négociants et marchands; et qu'il leur était défendu de connaître de ces billets *entre particuliers autres* que négociants et marchands, à moins que le particulier n'agît contre un commerçant qui en devrait la valeur. Autrement, les parties devaient être renvoyées devant les juges ordinaires, ainsi que pour les simples promesses (ord. de 1673, tit. 12, art. 2 et 3). Mais il n'en était ainsi que relativement à la compétence : les juges ordinaires avaient, comme les juges commerciaux, la faculté de prononcer la contrainte par corps, en vertu de l'article 1er du titre 7 de la même ordonnance.

Et voilà bien la combinaison législative : « *Entre toutes personnes*, les juges et consuls connaîtront *des lettres de change*, » car, une fois en circulation, il faut que le payement n'en soit pas arrêté par la sage lenteur d'une procédure ordinaire, et les juges de commerce statuaient même sur l'exception proposée du défaut de remise de place en place, si l'une des parties n'était pas justiciable; mais les billets de change, quoique négociables, n'étaient pas monnaie fictive au même degré que la lettre de change; ils ne l'étaient qu'entre commerçants ou contre le commerçant qui les a souscrits ou négociés. *Le billet de change ne vaut pas lettre de change;* donc, il faut rentrer dans la compétence des juges ordinaires quand ces billets sont faits entre simples particuliers ou quand l'exécution en est demandée par un négociant contre un simple particulier, et réserver aux juges ordinaires la connaissance d'une affaire qui peut couvrir les prêts usuraires d'un commerçant envers un non-commerçant.

Pour bien discerner plus tard les causes des doctrines différentes qui ont influé sur la jurisprudence, nous nous trouvons forcé d'étudier le système de la contrainte par corps contre les non-commerçants, soit pour l'aval, soit pour les lettres et billets de change, soit pour les promesses faites de fournir des lettres de change ou pour lettres de change fournies, et d'arriver à travers les changements de législation à l'exposition des arrêts. Commençons cette étude sur l'ordonnance de 1673.

Nous sommes ici en matière de droit étroit. Pour les non-commerçants la contrainte par corps est l'exception, et l'ordonnance de 1667, comme l'article 2063 du Code Napoléon, prohibe la contrainte par corps en matière civile, et celle de 1673, titre 7, n'en fait le droit commun qu'entre tous négociants et marchands. Nous devons donc ici nous asservir en faveur de la liberté aux textes mêmes de la loi.

Pourront être contraints par corps :

1° Ceux qui auront signé des lettres de change, c'est-à-dire *toutes personnes* qui ne sont même ni banquiers, ni négociants, ni engagés dans les recettes publiques. — La loi ne dit pas, comme l'article 4 du titre 34 de l'ordonnance civile, « lettre de change *quand il y aura remise de place en place,* » parce que s'étant servie du facultatif « pourront, » elle laisse aux juges à discerner, quant aux simples particuliers, s'il y a eu ou *s'il n'y a pas eu remise de place en place,* et dans ce dernier cas l'ordonnance civile prohibe la contrainte par corps, ou si la question s'élève entre marchands, en ce cas l'irrégularité de la lettre de change ne doit pas faire refuser la contrainte, parce que, d'après cet article 4 de l'ordonnance civile, elle est permise *pour dettes entre marchands,* pour fait de marchandise dont ils se mêlent.

Sous les mots *ceux qui auront signé* sont compris tireur, accepteur et endosseurs.

2° Ceux qui auront signé des billets de change, négociants ou non-négociants, soit créeurs, soit endosseurs.

3° Ceux qui auront mis leur aval sur lettre ou billet de change, sans distinction de la qualité des personnes, et sans distinguer non plus si leur aval a garanti le tireur et l'accepteur, ou l'endosseur de la lettre, ou le créeur ou l'un des endosseurs du billet.

Remarquons bien ici ces mots de l'ordonnance : Ceux *qui y*

auront mis leur aval. C'est une forme grammaticale toute physique. Dût-on nous en railler, nous oserons dire que la particule *y* était alors regardée comme un adverbe de lieu; et l'article veut bien dire que la contrainte par corps était attachée à l'aval *écrit sur la lettre* ou le billet de change, et ne l'était point à l'aval rédigé séparément (le Code de commerce a changé la loi sur ce point).

Outre la raison grammaticale, un grand nombre d'auteurs ont fait cette distinction. D'abord Heineccius (*Elem. jur. camb.*, 6, 10, *cum notâ*). Pothier (*Contrat de change*, n° 123) y est exprès : « C'est une chose particulière à *cette espèce* de cautionnements qui se font par un *aval* que ceux qui les ont faits, quand même ils ne seraient ni marchands ni banquiers de profession, *sont sujets à la contrainte par corps*, de même que le tireur, ou l'endosseur, ou l'accepteur qu'ils ont cautionné, et qu'ils ne peuvent opposer les exceptions de discussion ou de division qui sont accordées aux cautions ordinaires; mais si ce n'était pas par un aval, mais par un acte séparé, que quelqu'un se fût rendu caution, soit pour le tireur, soit pour un endosseur, soit pour l'accepteur, il ne serait pas privé de ces exceptions; il ne serait pas sujet à la contrainte par corps, à moins qu'il ne fût l'associé de celui qu'il a cautionné. »

M. Guyot (*Répertoire de jurisprudence*, mot *Aval*) était de la même opinion. Ce qui démontre clairement que tel était bien l'esprit de l'ordonnance, c'est que la Cour de Bruxelles, dans ses observations sur le projet du Code de commerce (*Observations des tribunaux*, t. Ier, p. 125), proposait de *rentrer* dans le système de l'ordonnance et de décider que lorsque l'aval aurait été donné sur la lettre, « le donneur serait tenu aux mêmes obligations que les endosseurs, et que, lorsque l'aval aurait été donné par acte séparé, les effets en seraient déterminés par les conventions des parties, » et que la Cour d'appel d'Agen comme celle de Dijon (t. Ier, p. 34 et 141) ne regardaient comme *véritable aval* que celui porté sur la lettre elle-même. Par acte séparé, ce n'était plus qu'un cautionnement ordinaire, une garantie particulière.

Cependant, M. Merlin, dès la quatrième édition du *Répertoire* de Guyot, auquel il avait coopéré, et qui était devenu *Répertoire de M. Merlin* par conventions avec Mme veuve Guyot,

s'est élevé contre la doctrine que nous soutenons aujourd'hui.

L'article *Aval* de M. Guyot, après s'être approprié le passage de Pothier, ajoutait : « C'est d'ailleurs ce que le Parlement de « Paris a jugé par arrêt rendu le 23 février 1760, en faveur du « sieur Viard, contre un négociant d'Orléans. » M. Merlin annote ce passage ainsi : « Cet arrêt que j'ai vérifié n'a jugé « rien moins que cela, *et l'eût-il fait, il aurait mal jugé!* » Puis il renvoie aux *Questions de droit*, mot *Aval*.

Ajoutons que l'aval séparé peut n'être pas transmis avec la lettre de change; que, même donné au bas d'une copie, il peut n'être donné que pour former une garantie pour le tireur, et ne lui servir que lorsqu'il sera individuellement attaqué par un recours contre lui après protêt. C'est même la raison qui a fait séparer les avals des lettres de change. Les tireurs ont rougi d'une sûreté qui faisait connaître à tout le commerce qu'ils avaient besoin de caution.

Quoi qu'il en soit, il est très-vrai que les commerçants, et des auteurs recommandables ont pensé, avant le Code de commerce, que l'ordonnance de 1673 avait *subi une dérogation* en cette partie et que l'usage l'avait emporté sur la loi. Il est très-vrai que cette créance était devenue si générale qu'elle a même passé dans les arrêts postérieurs à la loi du 15 germinal an VI, qui portait comme l'ordonnance : « *Ceux qui y mettront leur aval.* »

On lit dans le *Nouveau Denisart* de Camus et Bayard, au mot *Aval*, § 3, que la copie de la lettre de change suivie des mots *bon pour Aval* et de la signature de la caution, produit les mêmes effets que l'aval apposé sur la lettre de change même.

« Dans son recueil de *Questions de droit*, mot *Aval*, § 1, page 661 de la 4e édition, M. Merlin examine principalement la question de savoir « si, sous l'ordonnance, celui qui a promis de payer les traites d'un autre *comme s'il en était endosseur*, peut opposer le défaut de dénonciation de protêt dans la quinzaine, » et décide qu'il peut valablement refuser le payement..... C'est là sa question principale, et nous sommes de son avis.

Mais nous cessons d'en être quand, examinant une question incidente, celle des avals séparés, il dit : « C'est une vérité ex- « trêmement notoire, pour ne pas dire triviale, que les avals *ne* « *se donnent plus* sur les lettres de change auxquelles elles ser- « vent de cautionnement, mais par des actes séparés. Cet usage « était déjà même en vigueur dans les *dix dernières années* du

« XVIIe siècle, car voici ce que nous lisons dans le quatorzième parère de Savary : « L'USAGE N'EST PLUS *de mettre l'aval au bas de « la signature de celui qui tire une lettre de change, parce que les « cambistes ont trouvé qu'il nuisait à la négociation des lettres.* »

Pour bien faire connaître la disposition des esprits sur la manière dont on entendait les avals *mis sur* les lettres et billets de change sous la loi de germinal an VI, on reproduira ici un parère des négociants les plus expérimentés de Paris, produit devant la Cour, en l'an XIII, dans l'affaire Boula de Nanteuil, que Sirey nous a conservé, an XIV, 2, page 971, première colonne.

« L'usage des avals séparés s'est maintenu sur la place de « Paris, soit avant, soit depuis la loi de germinal an VI. Cet « usage s'est introduit pour les plus grands intérêts du com- « merce, parce que diverses personnes ne voulant point paraître « ouvertement dans des opérations de banque ou de finance, « ni apposer leur signature à des traites qui passaient dans plu- « sieurs mains et circulaient sur différentes places, préféraient « donner leur aval séparé : Mais cet aval, quoique séparé, a « toujours emporté de plein droit la garantie des payements, et « en cas de protêt il a, dans l'usage de cette place, le même effet « que l'endossement ou l'acceptation mis au bas des lettres de « change même, c'est-à-dire qu'il entraîne la contrainte par « corps contre celui qui a donné son aval, soit que la personne « qui l'a souscrit ait la qualité de négociant, ou ne soit un simple « particulier, soit encore que cet aval repose sur un acte au- « thentique, ou qu'il soit consigné dans un écrit privé. »

Ce n'est pas tout. Cette opinion sur l'aval séparé a passé dans les tribunaux depuis la loi de germinal an VI, puisqu'ils ont regardé comme avals les simples cautionnements par actes distincts de la lettre, qui n'étaient même pas donnés au pied d'une copie de la lettre. C'est ce qu'on voit dans l'arrêt Boula de Nanteuil (*Paris*, 20 *ventôse an XIII*), où le souscripteur d'un cautionnement n'a échappé à la contrainte par corps que parce qu'il l'avait exclue par les termes de son cautionnement; dans l'arrêt Jerneau de Bruxelles, où l'on qualifie d'*aval* l'acte hypothécaire donné par un frère pour sûreté de trois retraites faites sur son frère, négociant (*Cass.*, 5 *nivôse an XIII*); dans un arrêt de Toulouse, *du* 22 *mars* 1822, affaire Orliac, sur une garantie par acte sous seing privé du 10 mai 1806, etc., etc.

Ainsi, malgré le texte de l'ordonnance, malgré le texte de la loi de germinal an VI, l'opinion commune, au moins sur la place de Paris, était que l'ordonnance de 1673 était déjà tombée en désuétude vers 1690, et que les avals entraînaient la contrainte par corps, contre le non-commerçant, quand ils étaient séparés de la lettre de change.

20. Or, c'est là une erreur qui s'est propagée par inattention. Dès que le principe était que la contrainte par corps contre les non-commerçants ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'une loi formelle, l'usage, même commercial, ne pouvait déroger aux mots « MIS SUR LA LETTRE DE CHANGE. » Le texte est tout, en matière de liberté.

Pas d'arrêt du Parlement qui ait amené cette prétendue dérogation, nous en sommes sûrs sans recherches, car, s'il y en eût eu, M. Merlin les aurait cités et invoqués.

Les auteurs qui, dans les derniers temps, ont amené cette doctrine, ont tous parlé du quatorzième parère de Savary : Camus et Bayard en 1783, M. Merlin en l'an XIII.

Le passage de Savary serait déterminant pour leur opinion si effectivement il se fût agi d'un parère adopté vers 1690 par les tribunaux, surtout si l'on ajoute les motifs qu'il y donne : « La raison en est : premièrement, parce que l'aval étant mis au « bas de la lettre fait douter de la solvabilité du tireur, et qu'il « n'est pas bien dans ses affaires ; ainsi cela peut donner atteinte « à son crédit. Secondement, parce que l'on s'est aperçu, par « les inconvénients qui en sont arrivés, que ceux qui mettent « leurs avals au bas des lettres étaient des personnes de néant « et sans biens, et qu'ainsi c'était un piége tendu au public pour « plus facilement négocier les lettres de change, et qui ne pro- « duisait aucun bon effet. De sorte que pour ces raisons *l'usage « de mettre les avals au bas des lettres de change est aboli.* »

Or, pour nous, ce passage si vif de Savary contre les avals au pied des lettres de change n'est pas un *parère*, ni une attestation de l'état de la jurisprudence sur ces avals en 1690, époque de la mort de Savary; c'est un *souvenir* que Savary reproduit de ce qu'il avait dit lui-même dans *le Conseil de réforme* du commerce où il fut appelé en 1670, quand on y préparait *le Code marchand*, qui parut en 1673.

Tout le prouve, même les termes absolus dont il s'est servi.

Le prétendu parère quatorzième n'est point un parère, mais

un brouillon non daté d'un mémoire présenté à Colbert; par conséquent non pas vers 1690, puisque Colbert est mort en 1683, mais au plus tard en 1680, puisqu'il se trouve classé dans le second volume de Savary, après un parère du 10 mars 1680.

Il ne porte pas non plus sur les lettres de change du commerce courant, mais sur la nécessité pour le haut commerce (celui des intéressés dans les affaires du roi et celui des grandes compagnies faisant le commerce maritime) de réprimer l'audace des agents de banque et courtiers de commerce, qui, au mépris de l'article 2 du titre 2 de l'ordonnanne de 1673, se permettaient de signer des lettres de change *par aval*, pour se procurer des droits de commission de banque au delà des droits de courtage, et qui voulaient faire rapporter cet article 2 du titre 2.

Il a été écrit précipitamment, et l'on peut voir, dans l'avertissement qui le précède, les circonstances qui faisaient penser à Savary que l'intrigue empêcherait son mémoire d'arriver à temps au ministre, duquel on sollicitait un arrêt du Conseil en modification des articles 1 et 2 du tiire 2 de l'ordonnance de 1673, qu'on prétendait contraire au bien public, parce qu'il était contraire à l'intérêt d'une corporation.

Colbert avait répondu à un tiers qui s'entremettait dans cette affaire « qu'il voulait, avant que de toucher auxdits deux arti-« cles, savoir quelles avaient été les raisons qui avaient donné « lieu à leurs dispositions, et que pour cela on prît l'avis de « Savary, d'autant que Savary en était instruit *pour avoir assisté* « *au Conseil de réforme,* lorsqu'il fut délibéré sur l'ordonnnace. »

Donc, ce mémoire, qui ne contient pas moins de dix-huit pages en petit-texte in-4°, grande justification, n'a pu être fait avec la rapidité convenable qu'au moyen de notes conservées par Savary depuis ses travaux au Conseil de réforme, car c'était principalement sur ce qui s'était dit au Conseil de réforme et sur les motifs alors déduits pour les dispositions sanctionnées en 1673, qu'il était consulté par le ministre; donc, ce qui se trouve écrit au mémoire doit contenir surtout les motifs donnés en ce conseil par lui ou par d'autres, de 1670 à 1672, pour défendre aux agents et courtiers de change de faire la banque et de signer des lettres de change par aval; donc, ce qu'il y dit de l'usage aboli est relatif au haut commerce, antérieurement à 1673; donc, il s'agit plus de l'usage relatif aux lettres de change

négociées par agents et courtiers vers 1672, que des avals donnés depuis 1673. C'est évident, et son passage cité signifie qu'avant l'ordonnance de 1673 les négociants expérimentés ne prenant plus sur leurs lettres de change les signatures par aval des agents et courtiers de banque, on devait en 1680, continuer d'interdire à ceux-ci d'en donner, sauf leur droit de certifier la vérité des signatures.

Ainsi, les mots « *l'usage en est aboli* » ne sont qu'une expression figurée pour dire « que dès 1672 il y avait beaucoup moins d'avals sur les lettres de change qu'autrefois. » Il est dans la nature des choses que le cautionnement par acte séparé ait toujours existé; que l'aval sur les lettres réponde plus à la rapidité commerciale; qu'il soit ainsi un accessoire inséparable qui profite à tous les porteurs; que si, pour répondre envers tous les porteurs, on prenait des gens de néant, ceux-ci fussent bien avertis qu'en participant publiquement au contrat de change sur la lettre même, ils encourraient la contrainte par corps, tandis que le non-commerçant qui donnerait son aval séparé ne ferait point acte de commerce, même quand il se servirait du terme d'aval dans sa rédaction, et tel est l'esprit de l'article 1er du titre 7.

L'opinion des auteurs ne s'est donc formée contrairement à la vérité que parce qu'ils ont pris pour un *parère* ce qui n'en a jamais été un; que parce qu'ils ont pris pour l'avis de Savary sur l'exécution de l'ordonnance, ce qu'au contraire Savary avait dit au Conseil de réforme du commerce, avant la rédaction de l'ordonnance, pour faire supprimer les avals que mettaient alors sur les lettres de change, les agents et courtiers qui faisaient en même temps la banque et le courtage (ce que l'ordonnance a défendu).

Les auteurs, et M. Merlin le premier, auraient dû réfléchir que Pothier a écrit son *Traité du contrat de change* SOIXANTE ANS après la mort de Savary; que Pothier en avait lu les ouvrages, et par conséquent qu'au temps de Pothier, on ne pensait pas du tout que l'aval, séparé de la lettre de change, produisît la contrainte par corps; ils auraient dû lire de suite le quatorzième parère de Savary, et n'en pas détacher un passage indiquant son opinion sur les temps antérieurs à l'ordonnance.

21. Une autre difficulté s'est élevée sous l'ordonnance.—Quand une lettre de change était cautionnée par un non-commerçant,

non au moyen d'un aval mis sur la lettre, mais au moyen d'un cautionnement simple et séparé, même placé au pied de la lettre, les juges de commerce devaient-ils connaître de l'action contre la simple caution, et la condamner par corps?

Point de doute que les juges-consuls étaient incompétents à l'égard de la simple caution non commerçante, pour ceux qui pensent comme nous que l'aval séparé n'était pas un véritable aval.

Camus et Bayard (*lieu déjà cité*) rappellent un arrêt rendu en la grande chambre, le 23 février 1760, qui, dans une espèce où un commerçant avait, sans employer le mot *aval*, promis au bas d'une copie de la lettre *d'acquitter* cette lettre de change au défaut de l'accepteur, sur la représentation du protêt, dûment contrôlé, *à peine* par le signataire *d'encourir tous dépens et dommages-intérêts*, a déclaré toute la procédure faite devant les juges-consuls nulle et incompétente, et renvoyé les parties devant les juges ordinaires. L'avocat général avait conclu à la décharge de la contrainte par corps, tant parce qu'un particulier qui cautionne par acte séparé est présumé n'avoir pas voulu s'engager de même que s'il avait mis son aval sur le corps de la lettre, que parce qu'en s'obligeant seulement en tous dépens et dommages-intérêts, le signataire avait limité l'étendue de sa dette; mais l'avocat général n'avait pas cru devoir conclure à l'incompétence, parce que le sieur *Viard* appelant était receveur public et lui paraissait justiciable des consuls. En repoussant cette partie des conclusions du ministère public, pour prononcer l'incompétence d'une manière absolue, il est évident que le Parlement a décidé que quoique les receveurs publics fussent soumis à la contrainte par corps et justiciables des consuls pour leurs lettres et billets de change, avals qui y seraient mis, et même pour leurs billets valeur reçue d'après la déclaration du 23 février 1692, qui a passé dans l'article 634, § 2°, et l'article 638, § 2°, du Code de commerce, ils n'étaient pourtant ni justiciables des consuls ni contraignables par corps pour un cautionnement séparé de la lettre de change d'un tiers.

M. Merlin a nié cette conséquence, tant au mot *Aval* en son Répertoire, qu'au même mot, *Questions de droit*, page 661, 2e colonne. « Nous ignorons, dit-il, par quel motif..... Mais « VRAISEMBLABLEMENT parce que d'un côté la lettre de change *ne « portant pas remise de place en place, ne devait être considérée*

« *que comme billet à ordre*, et que, de l'autre, Viard, n'étant « pas marchand, n'était pas justiciable de la juridiction consu- « laire. »

Les arrêts et les jugements n'étaient pas alors motivés; mais les qualités portaient l'énonciation des conclusions : M. Merlin déclare avoir fait faire aux archives la recherche de l'arrêt et ne déclare pas y avoir vu dans l'exposé que personne eût dit que la lettre de change ne fût que simple promesse; au contraire, il croit devoir le conjecturer ainsi!..... VRAISEMBLABLEMENT! dit-il.

Si l'énonciation n'est pas dans le point de fait de l'arrêt; donc, la conjecture doit être rejetée, d'autant plus que l'arrêt et les motifs de l'avocat général sont rapportés avec détail au *Nouveau Denisart*, et qu'on n'y trouve pas trace de cette circonstance.

Quant au second motif donné par M. Merlin, il prouve contre lui. Viard n'était pas marchand, dit-il. Soit, mais les juges-consuls connnaissaient de l'aval mis aux lettres de change *entre toutes personnes*. Donc, le parlement s'est décidé parce que le cautionnement donné par Viard n'était point un *aval* aux yeux du Parlement.

22. Après ces développements, reprenons la suite des dispositions par lesquelles l'ordonnance du commerce prononce la contrainte par corps *contre toutes personnes*.

4° « Ceux qui auront promis D'EN fournir (des lettres de « change) avec remise de place en place (et ceux) qui auront « fait des promesses pour lettres de change à eux fournies ou « qui le devront être. »

Cette portion de l'article 1er n'est point une redondance et ne fait pas double emploi avec les billets de change. Il s'agit ici, non des billets de change, négociables quand ils étaient à ordre ou au porteur, mais des engagements notariés ou sous seings privés, même des lettres missives par lesquelles on aurait promis fournir des lettres de change avec remise de place en place, ou promis une somme à échéance fixe pour lettres de change fournies ou à fournir (V. JOUSSE, *note* 8, *sur l'article* 1er *du titre* 7); c'est-à-dire qu'il s'agit de promesses *non négociables* de lettres de change. Or, comme une législation fait un tout, et que les articles 27, 28, 29 et 30 du titre 5 de l'ordonnance sur les énonciations que doivent contenir les billets de change pour valoir comme billets de change et entraîner contrainte par

corps, ont été introduites par intérêt public pour prévenir et arrêter les usures qui se commettaient contre les simples particuliers dans ces sortes de billets (le prêt à intérêt étant alors proscrit), lorsqu'on y promettait avant l'ordonnance de fournir des lettres de change *en général* pour telle somme, il faut conclure de la comparaison de notre paragraphe de l'article 1er du titre 7 sur les promesses de lettres de change avec les articles 27, 28, 29 et 30 du titre 5, que ces promesses, notariées, sous seings privés, ou données par lettres missives, ne pouvaient entraîner la contrainte par corps (qui, depuis 1667, était exceptionnelle à l'égard des non-commerçants), qu'autant qu'elles déterminaient les lettres de change aussi clairement qu'il était imposé aux billets de change de le faire : sans quoi la législation sur les billets de change eût été illusoire, et les mêmes violations de la loi se seraient reproduites par le ministère même des notaires ou par des traités sous seing privé, si ces promesses eussent pu être plus larges et plus flexibles que celles contenues dans les billets de change.

Mais aussi ces promesses non négociables, par lettres missives, par acte sous seing privé, ou par acte devant notaire, avaient, lorsqu'elles spécifiaient les lettres de change de la même manière que les billets de change réguliers, autant de force qu'un billet de change ordinaire, tant pour opérer le payement de la somme promise ou cédée par transport que pour faire fournir les lettres de change promises; et dans tous ces cas le non-commerçant qui les avait signés pouvait être sujet à la contrainte par corps (Jousse, *au lieu cité*), quoique pour ce fait il ne fût pas justiciable du tribunal consulaire, comme nous l'avons dit plus haut pour les billets : mesure nécessaire pour que les juges ordinaires pussent reconnaître s'il y avait vraie promesse de change, et si le contrat ne couvrait pas l'usure.

Ces promesses non négociables de lettres de change étaient-elles susceptibles d'aval, quoique non négociables, et le donneur d'aval non commerçant était-il contraignable par corps?

L'article 33 du titre 5 répond affirmativement à la première question; il dit sans distinction : « Ceux qui auront mis leur « aval sur des lettres de change, *sur des promesses* d'en fournir, « sur des ordres ou des acceptations, *sur des billets de change* « ou autres actes de pareille qualité concernant le commerce,

« seront tenus *solidairement* avec les *tireurs, prometteurs, en-*
« *dosseurs et accepteurs, encore qu'il n'en soit fait mention*
« *dans l'aval.* »

Ainsi, dans l'article 33 du titre 5 se trouve la distinction que Jousse a indiquée sous l'article 1er du titre 7 entre les billets de change et les promesses non négociables de fournir des lettres de change déterminées. Il n'y a donc pas de doute que la promesse non négociable pouvait être garantie par un aval.

Il n'y a pas de doute, d'ailleurs, que l'aval donné *sur la promesse* non négociable ne fît du donneur d'aval, dans ce cas comme dans tous les autres, un débiteur *solidaire* de l'exécution de la promesse. C'est l'objet principal de l'article 33.

Mais dans ce cas spécial le non-commerçant, donneur d'aval, était-il contraignable par corps?

Non, s'il donnait son aval *par acte séparé*, puisque nous avons vu ci-dessus que l'aval séparé de la lettre de change n'entraînait pas la contrainte par corps, et que même tous les auteurs anciens étaient d'avis que l'aval donné séparément laissait subsister les exceptions de division et de discussion.

Bien plus, le non-commerçant qui écrivait son aval, non sur une lettre ou sur un billet de change, mais sur toute autre promesse de lettres de change ou de leur prix, n'était point soumis à la contrainte par corps, puisque l'article 1er du titre 7 ne concerne que les avals mis sur la lettre de change ou sur le billet de change. Dans une matière aussi rigoureuse, la faveur de la liberté veut que la contrainte ne résulte que de la loi. En vain aurait-on argumenté de l'article 33 et de la solidarité qu'il impose, contre le donneur d'aval sur promesse non négociable, il aurait répondu qu'on peut être tenu solidairement avec le principal obligé sans être tenu *par les mêmes voies* que lui; que l'article 1er du titre 7 avait pour objet d'indiquer les voies de contrainte contre le donneur d'aval mis sur lettres et billets de change, et non sur d'autres valeurs, tandis que l'article 33 réglait l'étendue de la responsabilité pour le donneur sur toute espèce de titre où il placerait son aval.

Et de là suit que dans ce temps-là on n'aurait jamais prétendu qu'une lettre de crédit auprès d'un banquier par un non-commerçant, pour garantir en général le payement des sommes que celui-ci tirerait sur lui ou de celles dont il lui ferait remise, fût un contrat d'aval, soit au fond, soit en la forme. C'était une

fidéjussion purement civile. Tous les auteurs étaient d'avis unanime que les lettres de crédit données en faveur d'un tiers par un banquier à un autre avaient entre eux la force du contrat de commission commerciale, mais qu'adressées par un simple particulier à un banquier, dans l'intérêt d'un tiers, ce n'était que mandat et cautionnement civil.

23. Donnait-on alors des avals pour les simples billets à ordre? C'est possible; mais il est évident qu'ils ne pouvaient faire naître de difficultés. Ils n'en faisaient pas naître quand le donneur d'aval était marchand, et que le souscripteur l'étant aussi avait fait un billet pour son commerce. La contrainte par corps était de droit contre le commerçant donneur d'aval qui avait fait un cautionnement commercial au profit d'un autre marchand. Il n'y avait pas non plus de doute si le donneur d'aval n'était pas commerçant, car le billet à ordre n'était pas placé par l'article 1er du titre 7 au nombre des valeurs commerciales dont l'aval entraînait contrainte par corps *entre toutes personnes*.

Tel était l'état du droit en 1789.

24. La loi des 16-24 août changea l'organisation judiciaire.

Les affaires de commerce furent attribuées de la manière la plus générale aux tribunaux de commerce : ils connaîtraient de *toutes* affaires de commerce, tant de terre que de mer, sans distinction. Voilà pour la compétence. La contrainte par corps continuerait d'avoir lieu pour l'exécution de *tous leurs jugements*. S'il survenait des difficultés sur la validité des emprisonnements, elles seraient portées devant eux (tit. 12, art. 2 et 5). C'était déjà assez pour qu'on ne fît plus sur les billets de change les distinctions délicates de compétence que l'ordonnance avait établies.

Abolition de la contrainte, rétablissement en l'an V : la loi du 15 germinal an VI, la règla en matière de commerce à peu près sur les bases de 1673 quant à l'objet qui nous occupe; mais l'article 1er du titre 2 était conçu en termes *impératifs*, et non *facultatifs* comme sous l'ordonnance : « La contrainte par « corps aura lieu..... 4° contre toutes personnes qui signeront « des lettres ou billets de change; celles qui y mettront leur « aval, qui promettront d'en fournir avec remise de place en « place, et qui feront des promesses pour lettres de change « fournies, ou qui devront l'être; » et l'article 19 du titre 3 abrogeait formellement « tous règlements, lois et ordonnances

« précédemment rendus sur l'exercice de la contrainte par « corps en matière civile et de commerce. »

Dans cette abrogation fut législativement comprise l'ordonnance de 1673, en tant qu'elle statuait sur la contrainte par corps; tous les billets de change étaient donc soumis aux tribunaux de commerce et à la contrainte par corps, même ceux faits entre simples particuliers; les mots « promesses pour lettres de change fournies ou qui devront l'être, » n'étant plus limités par la comparaison avec les articles 27, 28, 29 et 30 du titre 5 sur les énonciations restrictives des vrais billets de change, se devaient entendre de toute promesse de fournir des lettres de change, même indéterminées, ce qui comprenait même les lettres de crédit et les garanties d'ouverture de crédit sur lettres de change. D'ailleurs l'ordonnance était inconciliable avec le nouveau système où l'argent était marchandise, et où l'intérêt n'avait pas de limite. Il n'y eut que les mots « celles *qui y mettraient* leur aval » qui conservèrent leur signification primitive; encore les termes législatifs « *promesses pour lettres de change fournies ou qui devront l'être* n'indiquant plus dans leur isolement s'il s'agissait de lettres de change fournies ou à fournir au stipulant ou à un tiers, la promesse séparée de payer la lettre de change que fournirait ou que fournissait un tiers rentrait dans le texte et soumettait à la contrainte par corps le donneur d'aval séparé.

Ainsi ne nous étonnons pas si, de l'an VI jusqu'au Code de commerce, l'application de la contrainte par corps s'est faite avec sévérité, non-seulement aux lettres de change (ce qui est encore l'esprit des lois commerciales), mais encore à *toutes les promesses de fournir et de garantir les lettres de change d'autrui*, soit lettres de change créées, soit lettres de change à créer.

Au 1er janvier 1808 fut mis à exécution le Code de commerce, promulgué dans le cours de l'année précédente.

Il ne comprend aucun titre sur la contrainte par corps, et laisse subsister la loi de l'an VI.

Le titre 2 du quatrième livre règle la compétence des tribunaux de commerce, et contient dans les articles 632 et 633 une énumération d'actes de commerce, c'est-à-dire d'actes qui, par eux-mêmes étant faits commerciaux, impriment par le fait même le caractère de justiciable du tribunal de commerce à celui qui l'aura accompli. Il est essentiel de remarquer les deux

derniers alinéa de l'article 632 : « Toutes obligations entre « négociants, marchands et banquiers. — Entre toutes per- « sonnes, les lettres de change, ou remises d'argent de place « en place. »

Dans cette énumération ne se trouvent compris ni les billets à ordre, ni les billets de change, ni l'aval.

Les billets à ordre ne sont pas compris dans l'énumération malgré leur utilité commerciale et leur qualité négociable, parce que le Code a voulu en communiquer la commodité aux autres citoyens. Pour les commerçants, ils sont toujours regardés comme actes de commerce, à moins que l'engagement du commerçant (*souscription ou endossement*) n'exprime une cause purement civile ; et les simples particuliers qui les souscrivent ou les endossent ne faisant pas par là acte de commerce, ne contractent pas une dette commerciale, à moins qu'ils ne se soient engagés à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage. A leur égard c'est l'acte de commerce, cause de leur engagement au billet à ordre, qui fait de leur souscription ou de leur endossement un acte de commerce qui les soumet à la contrainte par corps. — Il en est de même des lettres de change irrégulières qui se trouvent réduites à l'état de simple promesse (Code de comm., 636, 638, 639), quand les signataires ne s'y sont point engagés à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, banque ou courtage : la preuve du fait ne permet pas aux tribunaux de commerce de prononcer la contrainte par corps.

Les billets de change et toute autre promesse de fournir des lettres de change, ou pour lettres de change fournies ou à fournir, énumérées dans la loi de l'an VI sur la contrainte par corps, ne se trouvent point rappelés au Code dans l'énumération des actes de commerce. Son silence sur ce point n'indique point la volonté de les exclure et de les proscrire ; il n'a d'autre effet que de ranger les billets de change dans la classe des promesses et billets ordinaires dont la force et les effets sont déterminés par la forme dans laquelle ils sont rédigés (*Discours de M. Duveyrier, tribun*), et laisse également les promesses faites sous une forme différente à régler suivant la nature et les termes des promesses.

Mais il n'en suivra pas moins que tous ces actes, s'ils ne sont pas simulés pour cacher l'usure, *et s'ils portent sur des lettres*

de change avec remise de place en place, doivent produire la contrainte par corps commerciale, même à l'égard du non-commerçant qui doit le prix des lettres de change qu'il a acquises. Aussi M. Pardessus (n° 1503) est-il d'avis que sous le Code de commerce il y aurait application de la loi de l'an VI pour toute promesse de fournir des lettres de change, ou pour tout engagement de payer le prix de celles qui ont été ou doivent être fournies, sans qu'il y ait lieu d'examiner dans quel but l'engagement a été contracté.

Quant à l'aval, il n'est pas non plus nommé dans l'énumération des actes de commerce de l'article 632; mais il est réglé ailleurs tant sous ses rapports avec la lettre de change et avec le billet à ordre que sous le rapport de la contrainte par corps dans les articles 141, 142 et 187 du Code de commerce. L'article 142 nous apprend que cette garantie est fournie par un tiers (c'est-à-dire par une personne autre que les parties essentielles au contrat de change), sur la lettre même ou par acte séparé (ce que nous regardons comme une dérogation à l'ordonnance). — Le donneur d'aval est tenu solidairement *et par les mêmes voies* que les tireur et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties (ce qui dit clairement qu'il est tenu *par corps* quand le tireur ou l'endosseur dont il a garanti la signature est tenu par la voie de contrainte par corps). — L'article 187 porte que « toutes les dispositions relatives aux « lettres de change, et concernant la solidarité, l'aval....., sont « applicables aux billets à ordre, sans préjudice des dispositions « relatives aux cas prévus par les articles 636, 637 et 638. » — C'est avoir dit que l'aval, quel qu'en soit le donneur, emportait solidarité avec celui dont la signature était garantie, et qu'aussi, quelle que soit la qualité d'un donneur d'aval, il était contraignable par corps, même si l'aval était relatif à un billet à ordre quand le garanti est commerçant et que le billet ou l'endossement garanti n'est pas causé civilement; mais si le billet à ordre est souscrit ou endossé par un négociant pour cause purement civile, l'aval ne produira pas la contrainte par corps, même contre le négociant donneur d'aval, à moins que le garanti n'ait donné sa signature sur le billet à ordre, à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage. — Il en sera de même pour l'aval des lettres de change réputées simples promesses. Le donneur d'aval ne sera jamais exposé

à la contrainte par corps quand le tireur, accepteur ou endosseur qu'il aura garanti, s'en trouvera déchargé. En d'autres termes, c'est avoir dit que l'aval sur vraie lettre de change est toujours acte de commerce; et que, sur billet à ordre, il n'est acte de commerce que si l'aval garantit un commerçant ou une opération commerciale de la part du débiteur non commerçant. Jusqu'à la loi du 17 avril 1832 ont régné à la fois la loi du 15 germinal an VI et le Code de commerce.

La loi du 17 avril 1832 a fait plus que ce Code : elle a abrogé la loi de germinal an VI, et par conséquent elle a effacé l'énumération des cas de contrainte par corps en les confondant tous sous le nom de *dette commerciale*.

Donc, la question de savoir si le donneur d'aval et la caution des promesses de lettres de change fournies ou à fournir, ou de dettes payables en lettres de change, sont par le fait même de leur promesse sujets à la contrainte par corps, se résout nécessairement en celle-ci : ont-ils contracté une dette commerciale? ont-ils fait acte de commerce?

C'est dans l'état actuel de la législation et sous l'influence de cette question, que nous avons à examiner à présent l'aval et la jurisprudence des arrêts sur cette matière.

COIN-DELISLE.

(*La suite à une livraison prochaine.*)

DE LA SAISIE IMMOBILIÈRE,

ET PARTICULIÈREMENT DE *LA CLAUSE* DITE *DE VOIE PARÉE*.

Par M. Ch. Rameau, avoué à Versailles.

Nous avons lu dans cette *Revue*, avec le plus vif intérêt, l'article dont nous venons de reproduire le titre, et nous ne cherchons pas à dissimuler l'autorité que lui donne le nom de son auteur[1]; aussi lorsque, dans sa profonde conviction, M. le

[1] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 10e année, juillet 1860, tome XVII, première livraison (p. 13 à 56).

conseiller Lavielle s'écrie : « *Des adversaires !* mais est-il bien « vrai que nous en ayons encore ? » nous, qui ne sommes pas convaincu, nous avons pris la plume pour produire notre opinion sur la même question.

Nous n'avons pas besoin de dire, avant tout, qu'un écrit qui respire à la fois la connaissance approfondie du droit et la recherche du mieux en matière législative, a été considéré par nous comme un acte de dévouement aux intérêts généraux du pays. Nous demandons seulement que l'on veuille bien apprécier notre réponse avec les mêmes sentiments ; ne pas y voir une lutte professionnelle, parce qu'avant de lire la réponse on aurait d'abord lu la signature ; enfin ne pas accepter comme établie la conclusion de M. Lavielle, à savoir « que les officiers ministériels *seuls* pourraient se plaindre de l'abrogation de l'article 742, » puisque cette réponse doit prouver que les justiciables ont intérêt à sa conservation.

Pour faire en sorte qu'aucun argument de ce travail ne reste sans réponse, il semble nécessaire de le résumer en l'analysant et de détacher chaque chef d'argumentation pour y répondre successivement.

M. Lavielle, après avoir repris son point de départ dans la loi du 11 brumaire an VII et retracé en quelques lignes les réactions successives de la loi de l'an VII sur les anciennes ordonnances, et du Code de 1806 sur la loi de l'an VII, arrive à la loi du 2 juin 1841, dont il fait le plus bel éloge qu'en puisse faire l'un de ceux qui ont concouru à sa création, en ces termes : « Nous « osons dire qu'il n'y eut jamais dans aucun temps, dans aucun « pays, une loi aussi longuement, aussi patiemment élaborée. » Cependant elle n'a pas encore vingt ans d'existence, et nous vivons si vite aujourd'hui qu'il convient déjà d'examiner les améliorations proposées.

I. La première serait un mode plus simple, plus rapide, plus économique pour la saisie des *petites propriétés*, en conférant aux juges de paix la direction de la procédure et le jugement des incidents.

II. La seconde interdirait la saisie immobilière pour une modique créance, si ce n'est avec l'autorisation du juge.

III. La troisième consisterait dans certaines modifications à apporter à la loi de 1841, devant avoir pour résultat de simplifier les formes de l'expropriation, d'abréger les délais, de dimi-

nuer les frais; et cela d'une manière générale, sans acception de la valeur du gage ou du chiffre de la créance.

IV. La quatrième se résumerait dans l'abrogation de l'article 742, c'est-à-dire dans le rétablissement de la *clause de voie parée*.

Avant de passer outre à l'examen successif de chacune des améliorations proposées, qu'il nous soit permis de faire cette remarque : c'est que si M. Lavielle, tout en rendant hommage à la pensée qui a dicté les diverses propositions d'améliorations, les repousse *toutes*, ce n'est pas seulement parce que son intelligence éclairée a trouvé les défauts de chacune; mais c'est aussi (les esprits même les plus élevés ne peuvent pas toujours se soustraire à ce genre de domination) parce qu'il a sa conviction faite, son idée, son moyen qui lui paraît suffire à tout, et dont l'application si simple, si facile (un trait de plume pour rayer l'article 742), lui semble devoir rallier à lui les esprits indécis ou fatigués de la lutte.

Nous pourrions donc peut-être nous borner à combattre l'abrogation de l'article 742; nous préférons toutefois suivre l'auteur, mais rapidement, dans l'examen des trois premiers modes d'améliorations.

I. Un nouveau mode de saisie immobilière des *petites propriétés*.

Depuis plus de cinquante ans, sous l'influence d'une triple cause : les principes du Code Napoléon, d'où est née *la division des successions*, en parts égales, entre tous les enfants du même père; les souvenirs et habitudes de famille, qui engendent les *partages en nature;* enfin ce que l'on appelle l'*émancipation politique*, qui pousse chacun à devenir *propriétaire;* la propriété territoriale s'est fractionnée et subdivisée à l'infini. On a d'abord dû s'en réjouir et favoriser ce mouvement, puisque l'application des principes de 1789, que nos lois civiles devaient développer, des sentiments honnêtes et conservateurs du lien sacré de la famille, ainsi que le moyen gouvernemental et d'ordre public tiré de l'accroissement du nombre des propriétaires, étaient choses trop respectables et trop utiles pour être appréciées autrement.

Mais les meilleures choses ont leurs inconvénients, surtout lorsque, comme dans notre pays d'*élan généreux* et parfois *irréfléchi*, on les pousse à l'extrême; et, bien que ce ne soit pas

le lieu de traiter ici cette question sous ses diverses faces, qu'il nous soit permis de dire qu'au *point de vue agricole*, après avoir dit et prouvé qu'une grande étendue de terrain, confiée à la culture d'*un seul*, était moins bien travaillée et bien moins productive que cette même étendue divisée entre plusieurs cultivateurs, on est arrivé à reconnaître que la terre divisée et subdivisée à l'infini ne pouvait se comprendre que pour certains genres de culture et dans un certain rayon, notamment autour des villes; que vouloir généraliser cette idée et l'appliquer toujours et partout, ce serait rendre impossibles certaines cultures, telles que celles des céréales, par exemple, des prairies pour l'élève des bestiaux, etc.; qu'au surplus ces parcelles de la propriété territoriale, si fractionnée, entraînaient avec chacune d'elles une perte considérable de la superficie cultivable pour les passages nécessaires à la culture et à la récolte, et que leur dispersion occasionnait aussi un autre genre de perte, celui du temps employé à franchir les distances qui les séparent les unes des autres.

Au *point de vue du droit civil*, *l'émiettement*, non pas la division seulement, de la propriété immobilière a fait apparaître bien d'autres inconvénients! L'édifice entier de notre législation civile est menacé de ruine! En effet, nos législateurs, après avoir adopté pour l'ensemble de notre législation deux grandes divisions, l'une concernant *les personnes* et l'autre *les biens*, avaient subdivisé celle-ci en deux : la première consacrée aux *meubles*, et la seconde aux *immeubles*. Cette distinction, fondée sur la nature propre à chacune de ces espèces, avait entraîné avec elle, comme conséquence, des règles complétement différentes. S'ils avaient cru devoir laisser à la disposition des biens meubles une grande liberté, de manière à rendre faciles et prompts les échanges, bases du commerce, ils avaient traité différemment le *sol*, base immuable du patrimoine de la famille et du crédit public, et avaient attaché à sa mutation des formalités destinées à imposer au propriétaire lui-même une sage lenteur.

Et voici qu'avec le temps et la subdivision continuelle de la propriété immobilière, les parcelles du sol sont devenues *meubles* et ne peuvent plus supporter le poids, *quel qu'il soit*, des formalités légales[1].

[1] Le préambule de l'édit de juin 1771 (A. L. F., t. XXII, p. 530) nous apprend que le morcellement conduit jusqu'à *l'abandon de la propriété*.

C'est en face de cette situation que nous entendons discuter les améliorations législatives destinées à créer un mode plus simple, plus rapide et plus économique de *saisie immobilière!* Or nous disons qu'avant d'entrer dans cet examen il y a une question préalable à vider, c'est celle-ci : « La loi doit-elle « mettre un terme au morcellement de la propriété foncière? »

A quoi servirait, en effet, la solution, la meilleure même qu'il fût possible de trouver? Fût-elle bonne en 1860, pour des parcelles payant 20 francs de contributions foncières, que dans dix ans peut-être ces mêmes parcelles, toujours subdivisées, auront produit des parcelles ne payant plus que 10 francs, que 5 francs ou moins encore, et il faudra changer la loi nouvelle, dont les formalités ne seront plus en rapport avec les forces individuelles de la propriété immoblière.

Cette considération paraît avoir échappé à M. Lavielle, puisqu'il n'en a pas parlé; il semble, en effet, difficile de croire qu'il n'en eût pas fait état si elle l'avait frappé.

Quoi qu'il en soit, nous renfermant ici dans l'examen du nouveau mode de saisie immobilière proposé pour les *petites propriétés*, et consistant à conférer aux juges de paix la direction de la nouvelle procédure, nous dirons, avec M. Lavielle, que cette innovation hasardée, périlleuse, dénaturerait l'institution (déjà trop modifiée) des juges de paix en troublant les autres juridictions; que pour ces matières, si petites qu'on veuille les faire, il faudrait examiner et résoudre les questions les plus ardues de notre droit civil et commercial, toute cette immense carrière du droit s'ouvrirait tout à coup devant de modestes magistrats, et amènerait une mutation presque générale dans le personnel des juges de paix; que d'un autre côté une espèce de barreau cantonal et mobile, ne présentant aucune garantie de savoir, de moralité ni de discipline, viendrait bien vite s'établir près de lui, et ferait regretter les *huissiers* auxquels la loi de 1838 a interdit la faculté de représenter les parties devant les juges de paix. Le remède serait pire que le mal!

Qu'en regard de ce magistrat, dont la compétence ordinaire ne serait pas changée, mais qui par l'effet de la loi nouvelle aurait spécialement des attributions si différentes qu'elles en feraient comme un double juge, figurerait aussi deux Codes parallèles au lieu d'un seul, alternatifs et de rechange, selon que l'on voudrait exproprier 19 ou 20 francs de contributions

foncières, à l'aide desquels on pourrait même poursuivre une saisie d'*arrondissement* ou une saisie de *canton*, appeler des décisions du juge de paix devant le tribunal (sur la saisie de canton) et des décisions du tribunal devant la Cour impériale (sur la saisie d'arrondissement), et cela sur les mêmes questions de droit qui seraient peut-être décidées en sens inverse et en dernier ressort par les deux juridictions;

Que cette distinction de la grande et de la petite propriété, quand il s'agit de les saisir, n'est pas seulement contraire à l'égalité de leurs droits et au respect qu'elles méritent l'une et l'autre, mais qu'elle serait encore très-difficile à établir, puisque le même chiffre de la contribution foncière peut, selon les temps et les lieux, représenter des propriétés de valeur très-différente.

II. Une limite à l'action du créancier, tirée du chiffre peu élevé de sa créance.

Nous dirons sur ce point, avec M. Lavielle, que ce moyen constitue une variante retournée du premier : la modicité de la créance substituée à la modicité du gage; mais que le principe inexorable de l'unité de la loi, de la foi des engagements, de la force du droit et de la liberté de l'exercer, doit faire repousser ce moyen avec encore plus de raison.

Toutefois, nous ne partageons pas l'opinion par lui émise sur le palliatif que renfermeraient les articles 1244 du Code Napoléon et 703 du Code de procédure civile, à des poursuites exercées avec aveuglement ou *malice*, pour une faible créance sur un immeuble de si petite valeur que les frais d'expropriation dussent emporter à la fois la créance et la propriété.

L'article 1244, en effet, ne permet aux tribunaux que de considérer les circonstances *personnelles* au débiteur et non à la propriété; s'il est malheureux et s'il est de bonne foi, du *temps* peut lui être accordé; mais ensuite ce délai expiré, rien ne saurait plus soustraire la propriété aux poursuites.

L'article 703 serait encore moins utile. Il suppose la procédure de saisie immobilière parvenue à son dernier terme et une simple remise de l'adjudication *à un autre jour*.

Suivant nous, un remède plus topique, et s'écartant moins de l'idée nouvelle que nous examinons en ce moment, serait l'application à la propriété immobilière de dispositions analogues

à celles des articles 592 et 924 du Code de procédure civile, qui placent sous la protection humanitaire du mot *carenes* des objets nécessaires à la vie ou de trop peu de valeur vénale pour que le créancier ne doive pas s'arrêter devant eux.

C'est encore un manquement aux principes; mais qui se sentirait le courage de les invoquer? Le législateur, en pareil cas, semble faire appel à des sentiments plus nobles, sinon plus respectacles, que ceux du droit, aux sentiments d'humanité, ou, si l'on veut rester dans le domaine matérialiste, il arrête le droit là où le fait lui ferait défaut; situation naïvement définie, en matière fiscale, par ce vieil adage : « Là où il n'y a rien, le roi perd ses droits. »

III. Certaines modifications à apporter à la loi de 1841.

Suivant l'honorable M. Lavielle, elles devraient toutes aboutir à ces trois points : 1° Le changement de juridiction ou la substitution du juge de paix au tribunal d'arrondissement; il l'a positivement repoussée déjà. 2° Des modifications *préalables* à notre *système hypothécaire*, sans lesquelles tout changement important à la procédure actuelle est impossible. Or l'étude d'un projet de loi civile sur ce sujet est grave et difficile; elle a été plusieurs fois entreprise, puis abandonnée; dans tous les cas, elle suppose l'ajournement de la nouvelle procédure. 3° Enfin des modifications de détails, sans toucher au principe de la loi de 1841; mais elles lui semblent pleines de contradictions et d'insuffisance. Il place en regard les unes des autres les modifications proposées : « L'un veut abréger tel délai, « supprimer telle formalité; l'autre critique cette abréviation « et cette suppression, et en propose de son côté de nouvelles « inconciliables avec les premières. » Et il est amené à cette conclusion qu'au milieu de ce chaos il serait peut-être plus sage de s'en tenir à la loi de 1841, et pense que si, tout en la conservant, on trouvait le moyen de soulager *la petite propriété* de l'énorme impôt de la procédure, on donnerait satisfaction *à tous*.

L'objet de ce travail n'étant pas précisément de rechercher quel est le meilleur mode de procédure en matière d'expropriation forcée, mais plutôt de combattre celui auquel M. Lavielle donne la préférence, et qu'il considère comme devant rallier à lui toutes les opinions, nous nous abstiendrons de présenter nos

idées personnelles sur les améliorations de détail dont la loi de 1841 nous a paru susceptible en faveur de la petite propriété, tout en maintenant la protection légale qui lui est due comme à toute autre propriété; et nous allons de suite passer à l'examen de ce mode qui consiste, au lieu de surcharger le Code de nouveaux articles, à demander la suppression d'un seul, l'article 742 du Code de procédure civile, article *sans précédent dans aucune législation*, dit M. Lavielle.

IV. De la clause dite de *voie parée*.

Quelle est donc la teneur de cette disposition de loi qui soulève tant de passions, que ses adversaires puissent dire d'elle : qu'elle constitue une atteinte telle à ce qui est l'essence même du droit de propriété, qu'elle n'aurait pas de précédent dans aucune législation; et ses partisans : que l'état de choses auquel elle a mis fin était illicite, contraire à l'ordre public, etc.? La voici :

« Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue. »

La première pensée qui frappe, à la lecture de cet article de loi, c'est que le législateur qui parle ainsi, en 1841, voulait protéger le débiteur contre le créancier, et qu'apparemment il avait puisé ses raisons de décider dans l'expérience des faits accomplis antérieurement.

On lui oppose :

Que s'il a le droit d'apporter certaines entraves à la libre transmission de la propriété immobilière, il faut de graves motifs pour justifier l'exercice de ce droit, et qu'il n'en avait aucun;

Que d'ailleurs il a été trompé dans l'élaboration de cette loi, et qu'il est temps de revenir sur l'épreuve douteuse qui avait précédé le vote de la loi;

Qu'enfin la clause (ou convention prohibée en 1841) est populaire, favorable à l'agriculture à laquelle elle ramènera les capitaux, et que déjà, en 1852 et en 1856, le législateur a laissé percer les tendances qui devaient inévitablement l'y ramener.

Des droits et des devoirs du législateur.

Le législateur, quelque haut qu'il soit placé, n'en a pas moins au-dessus de lui d'antiques et sages maximes qui sont comme des phares placés sur sa route pour le guider. L'une d'elles, M. Lavielle lui-même nous le rappelle, lui dit qu'il vaut mieux prévenir le mal que d'essayer de le guérir : *Melius est jura « intacta servare quàm post vulneratam causam remedium quæ- « rere.* »

Or, s'il est vrai (et personne ne le contestera) que le contrat de prêt sur gage immobilier ou sur hypothèque entraîne avec lui des stipulations dont le créancier puisse abuser vis-à-vis du débiteur, non pas seulement pour rentrer dans sa créance, mais pour s'approprier l'immeuble affecté à sa garantie, il était du devoir du législateur de s'en préoccuper.

Cependant, réplique-t-on, le droit de propriété permet d'user et d'abuser de la propriété; le propriétaire peut en disposer à son gré, s'en dépouiller à l'instant même par donation, vente ou échange; il peut consentir une vente à réméré; il peut souscrire une lettre de change, etc. Le législateur n'intervient pas, dans toutes ces circonstances, pour régler la convention; il laisse les parties à elles-mêmes; pourquoi, lors du contrat de prêt, interviendrait-il pour en régler les conditions?

A cela nous répondons : Le législateur laisse en général au majeur, maître de ses droits, la libre disposition de ses biens; et cependant, comme il devait veiller pour les incapables, si ces biens se trouvent *indivis* avec des incapables, il interviendra, pour en soumettre la transmission, aux formalités judiciaires. Si ce majeur s'est obligé, et qu'à l'époque convenue il ne soit pas en mesure de payer son créancier, comme il s'est obligé sur tous ses biens, que ces biens sont aussi le gage des autres créanciers de ce même débiteur, pour lesquels le législateur doit aussi veiller, le créancier aura le droit de faire vendre, en observant des formalités édictées par le législateur, et qui lui ont paru nécessaires pour sauvegarder tous les intérêts. La pensée du législateur est donc bien de ne pas livrer au créancier les biens du débiteur, *si celui-ci résiste*, mais bien de régler les formes de l'aliénation; et il y a dans cette pensée non-seulement le respect dû au droit de propriété, témoigné par la solennité même dont on entoure sa transmission, mais encore

la sauvegarde des intérêts de *tous* les autres créanciers du même débiteur. Si donc le propriétaire veut se dépouiller de sa propriété par la voie de la donation, de la vente, de l'échange, il doit savoir ce qu'il fait; il agit dans la plénitude de sa volonté de cesser d'être propriétaire, et le législateur ne croit pas, en France du moins [1], devoir intervenir. S'il emprunte et si le créancier exige de lui des garanties lui conférant un droit de suite sur les biens immeubles du débiteur, comme à ce moment l'emprunteur espère bien rendre la somme prêtée, et n'a nullement la volonté d'abandonner sa propriété, il se montrera aussi facile sur toutes les conditions pénales, stipulées pour le cas de non-payement, que le créancier se montrera exigeant. Placé entre ces deux écueils, le patrimoine immobilier (dernière ressource de la famille, car on n'arrive à l'emprunt hypothécaire qu'après avoir épuisé les ressources du crédit mobilier) peut disparaître en devenant la proie d'un seul créancier. Le législateur devait intervenir.

Mais en intervenant est-ce qu'il va faire fuir le créancier et tuer maladroitement le débiteur en voulant le sauver? Comment pourrait-on soutenir une pareille exagération en présence des dispositions de l'article 742? N'est-ce pas comme si le législateur eût dit : « Si j'avais gardé le silence en n'intervenant pas entre vous, vous eussiez pu stipuler tout ce que bon vous eût semblé pour assurer le payement de la créance par la réalisation du gage, notamment dire qu'à défaut de payement de la créance à l'échéance, l'immeuble affecté serait vendu *de gré à gré*, par le créancier, avec ou sans le concours du débiteur, même qu'il deviendrait la propriété du créancier pour le montant de sa créance. Je ne veux pas qu'il en soit ainsi pour le débiteur qui aurait signé sa ruine sans le vouloir, et pour le créancier qui, s'il est honnête, ne doit vouloir que rentrer dans son argent et non s'enrichir aux dépens du débiteur. Je vous renvoie donc, pour la réalisation du gage, aux formalités édictées par moi pour la vente des immeubles *expropriés*, tenant pour nul, comme arraché à la faiblesse, tout consentement donné longtemps d'avance par un débiteur qui considère au jour du prêt, comme comminatoires, les promesses relatives à l'abandon de sa propriété en cas de non-payement. »

[1] Code de Berne (1828), art. 445.

Et ce que le législateur a dit là en 1841, relativement aux immeubles hypothéqués, est-ce qu'il ne l'avait pas dit, dès 1804, dans les articles 2078 sur le gage mobilier et 2088 sur l'antichrèse ou gage immobilier? Cependant personne n'aurait osé réclamer contre de pareilles mesures, prises surtout contre les *usuriers!*

D'un autre côté, serait-ce donc la première fois que le législateur serait intervenu entre le prêteur et l'emprunteur pour régler les conditions du prêt?

Par l'article 1907 du Code Napoléon et par le décret du 3 septembre 1807, il n'a pas permis à l'emprunteur de subir la loi du prêteur quant au taux de l'intérêt de l'argent prêté!

On pouvait dire, et l'on a même souvent répété : L'or est une marchandise dont le prix doit être réglé d'après sa plus ou moins grande abondance, la relation entre l'offre et la demande en réglera le cours; — pourquoi le législateur continue-t-il de prohiber la stipulation d'un intérêt supérieur à celui fixé par lui?

Par l'article 2063 du Code Napoléon, il n'a pas permis au débiteur de donner à son créancier la garantie résultant de sa liberté individuelle, en se soumettant volontairement à la *contrainte par corps!*

On lui a vainement objecté que la difficulté serait facilement tournée par la suscription d'une *lettre de change*, que le législateur ne pouvait pas prohiber sans porter un coup mortel peut-être au crédit commercial, et qui conduisait par le jugement à la contrainte par corps! Le législateur a persisté. Il savait bien que le moyen héroïque de la lettre de change n'était pas à la portée du plus grand nombre, que l'emprunteur civil se déciderait bien rarement à cette forme si rigoureuse qu'elle ne saurait passer en quelque sorte inaperçue, comme la clause de voie parée, stipulation de style qui, si elle eût été permise, aurait envahi presque tous les contrats.

Est-il encore besoin d'ajouter que ce genre de sollicitude de la part du législateur, pour celui qui s'oblige, ne se borne pas au contrat de prêt; nous le retrouvons encore, notamment, dans le contrat de louage. Aux termes de l'article 242 du Code de commerce, le louage des gens de mer entraîne, comme conséquence à leur profit, le droit d'être nourris et soignés, en cas de maladie, pendant le cours du voyage. Dans certaines cir-

constances où les bras inoccupés seraient nombreux, et sous la pression d'un armateur trop intéressé, ils eussent pu renoncer au bénéfice de cette disposition et obtenir ainsi la préférence sur ceux qui l'auraient maintenue. Le législateur ne l'a pas permis, et, par un décret du 4 mars 1852 (ayant force de loi), il a décidé que cette disposition de la loi commerciale était d'*ordre public*, et que dès lors on ne pouvait stipuler utilement sa renonciation.

Objecte-t-on que la convention, à laquelle l'article 742 a eu pour but de mettre un terme, n'était en définitive, dans son extension la plus abusive, qu'une sorte de vente à réméré, et que cette vente est permise par la loi; que proscrire la clause de voie parée, c'est pousser le débiteur au réméré, à la lettre de change, etc.?

Nous disons, avec l'honorable M. Lavielle : « Le réméré, la « lettre de change sont des actes qui ne jouissent pas, dans nos « provinces surtout, d'une très-bonne renommée, car là peuvent « se cacher aisément *l'usure*, *la fraude* et *la violence*. »

Et encore, avec M. le président Troplong : « Le contrat pigno- « ratif est un prêt déguisé et un manteau pour l'usure. » (*Du prêt*, n° 390.)

Et cela même a pu suffire au législateur pour le rassurer! S'il n'a pu proscrire la lettre de change à cause du crédit commercial, et la vente à réméré à cause du droit de propriété, il n'a pas dû craindre que l'on abusât de ces deux modes en matière de contrat pignoratif, par suite de la défaveur même déjà attachée à leur emploi; mais il eût commis une grave imprudence en favorisant leur usage sous un autre nom qui, pendant longtemps, eût permis de les faire accepter sans aucune répulsion.

Enfin dira-t-on que le législateur ne doit pas seulement sa protection au débiteur, qu'il la doit aussi au créancier? Nous répondons : En principe, c'est aux faibles, aux incapables, que le législateur doit des dispositions protectrices, et, s'il entrevoit que les stipulations d'un contrat devront à un certain moment placer l'un des contractants à la discrétion de l'autre, il doit veiller à ce que le premier n'abuse pas du second; c'est ainsi qu'il prohibe ces conventions si énergiquement flétries, dans la pratique, du nom de *léonines* (art. 1174, 1855), et que dans un autre ordre d'idées il a créé la *prescription* qui

prévient la ruine du débiteur par l'accumulation des intérêts (art. 2277 C. Nap.). Cette protection du législateur, elle est d'*ordre public*, et elle ne serait pas telle si elle gênait la légitime action du créancier. Mais quel préjudice lui cause-t-on ? On le maintient dans le droit commun. Il est bien évident que la convention dérogatoire, si elle eût été permise, n'aurait pas ajouté aux garanties stipulées par le droit commun en faveur du débiteur et de ses autres créanciers; elle n'aurait donc pu que les diminuer; c'est ce que le législateur n'a pas voulu permettre.

Ainsi, et sur ce premier point, qu'il nous soit permis de dire: Le législateur n'est pas sorti de son domaine en intervenant entre le créancier et le débiteur dans le contrat de prêt, afin de prohiber toute stipulation ayant pour but de permettre la réalisation du gage, sous prétexte de célérité et d'économie, par un mode de procédure différent de celui du droit commun, lequel présente à ses yeux plus de garanties, et est d'ailleurs susceptible de toutes les améliorations dont l'intelligence et l'intérêt des créanciers auraient fait profiter *la convention particulière*.

Quant à l'argument un peu *vague* consistant à dire que cette disposition de la loi n'a de précécent dans *aucune législation*, nous répondrons : si, par ces mots, on entend *un texte* absolument semblable à celui de notre article 742, cela importerait peu; si l'on veut parler de principes analogues, on les retrouve partout. Dans presque toutes les législations étrangères nous voyons la loi ne pas permettre au créancier de disposer à son gré du gage, et l'obliger de recourir à la justice. (Saint-Joseph, sous les articles 2078 et 2088 du Code Nap.) Du reste, que de contrastes ne pourrait-on pas relever, en comparant les législations étrangères, si l'on ne tenait compte des temps, des mœurs, des lieux; et cependant à la législation de l'Écosse, ce pays de montagnes et de petite culture, où la clause de voie parée aurait pris naissance, nous pouvons opposer la législation de la Suisse, cet autre pays de montagnes, où le législateur dispose ainsi : « Le droit de propriété *finit* par la volonté du propriétaire, par « *la disposition de la loi* et par arrêt; mais *toute aliénation d'un* « *immeuble* doit être portée *en justice* et transcrite. » (Art. 445 du Code de Berne, publié en 1828.)

Historique de l'article 742.

L'honorable M. Lavielle, sous la forme d'une revue rétrospec-

tive, s'est livré à l'étude approfondie de ce qui concerne l'introduction de l'article 742 dans la loi du 2 juin 1841, et, après l'avoir lu, on pourrait déduire cette double conséquence que le législateur a été influencé par des faits reposant sur des erreurs matérielles, et qu'au reste le vote a été presque indécis.

Ceci est assurément grave, et l'on comprendra facilement combien est difficile la position que nous fait un membre de la Cour de cassation quand il affirme, par exemple, que jamais la Cour de cassation n'a donné son avis sur le projet de loi de 1841.

Nous ne pouvons que nous borner à rapprocher les paroles du rapport de M. de Vatimesnil, ainsi conçu : « La Cour de « cassation, qui avait décidé que dans le silence des Codes la « clause de voie parée n'avait rien d'illicite, a émis l'opinion « qu'*à l'avenir* elle devrait être prohibée par une disposition « formelle, » de ce fait reconnu par M. Lavielle lui-même, à savoir « qu'une commission de six membres avait été nommée dans le sein de la Cour de cassation, que M. Isambert en fût le rapporteur et que, dans son travail imprimé et distribué, il donnait son assentiment au nouvel article 742 proposé par le gouvernement. »

Maintenant importe-t-il beaucoup de savoir si au lieu de dire : la Cour de cassation, M. de Vatimesnil n'eût pas mieux fait de dire : une commission prise dans le sein de la Cour de cassation? Quant à l'argument tiré des quatre arrêts rendus le même jour, 20 mai 1840, par la Cour de cassation, et qui furent favorables à la validité de la clause, il semble qu'on peut facilement répondre que : autre chose est juger en 1840, sous l'influence des *espèces* et des *garanties* qu'elles pouvaient présenter, que la clause n'est pas prohibée par la loi; autre chose émettre un avis tendant à la faire proscrire par une loi de 1841.

Mais laissons à ce petit côté de la discussion le caractère tout particulier et *de famille* qu'il semble porter avec lui, et voyons, dans l'élaboration de la loi devant les chambres, si les différentes questions que soulève l'article 742 ont été posées, si c'est, enfin, en pleine connaissance de cause que les législateurs se sont prononcés.

Tout d'abord la question d'*ordre public*, opposée à celle de *liberté des conventions*, a-t-elle été soulevée? « Les formes pro- « tectrices de la loi et la garantie des tribunaux sont d'ordre

« public....., » disait M. le garde des sceaux de 1841 [1], en expliquant pourquoi le gouvernement proscrivait la clause d'*exécution parée*.

La controverse pouvait donc être élevée sur ce point. D'ailleurs des raisons étaient données, comme nous allons voir, à l'appui de cette opinion, tirées les unes de la *nature immobilière* du gage, dont le législateur devait conserver le caractère avec les conséquences qu'il comporte; les autres, du *droit de juridiction* que la justice ne saurait abdiquer; d'autres, enfin, de la protection que le législateur doit au débiteur, aussi bien contre sa propre faiblesse que contre la rigueur de son créancier.

« Cette clause aurait pour résultat, disait M. Persil, rapporteur [2], et pour effet de mobiliser, en quelque sorte, la propriété, « en en rendant la transmission aussi prompte, aussi expéditive, « aussi facile que la tradition des meubles et des espèces monnayées. Dans un bon système hypothécaire, la disposition du « gage immobilier ne doit pas être surchargée d'obstacles et de « formalités pour dégoûter les prêteurs et éloigner les placements territoriaux; mais aussi la facilité de la réalisation en « espèces ne doit pas mettre ces biens sur la même ligne que « les autres. Le caractère dominant de la propriété immobilière « c'est la conservation, la maturité; l'examen et *la discussion* « doivent accompagner la mutation. »

De son côté, M. Pascalis, autre rapporteur, disait [3] : « L'expropriation forcée est, en effet, un acte de véritable juridiction, « Lorsqu'au moment où doit s'opérer la dépossession, le débiteur n'y consent pas, la justice *seule* peut le dépouiller. L'adhésion antérieure qu'il aurait donnée, au moment du contrat, « à un autre mode de vente, fut jugée par lui encore si éloignée « de l'exécution, la situation d'un emprunteur est si *dépendante* « du créancier qui lui dicte ses conditions, qu'un tel consentement manque de ses garanties les plus essentielles, *la liberté* « et la réflexion. »

A ce dernier point de vue, mais depuis 1844 seulement [4], un

[1] Exposé des motifs de la loi du 2 juin 1841, fait à la Chambre des pairs, le 11 janvier 1840.

[2] Rapport de M. Persil, à la Chambre des pairs, le 23 mars 1840.

[3] Rapport de M. Pascalis, à la Chambre des députés, le 9 juin 1840.

[4] Arrêt de cassation du 2 décembre 1844 (Sirey, 45, 1, 72).

nouvel argument a surgi d'une jurisprudence aujourd'hui constante, qui annule *la clause* dite *compromissoire*, en se fondant sur le défaut de liberté et de lumière au moment du contrat, trop éloigné lui-même des faits et difficultés sur lesquels il lie par avance les contractants.

L'argument le plus fréquemment présenté consistait dans ce dilemme sans réplique : « La procédure de convention est *inutile* si elle renferme toutes les garanties qu'exige le législateur, et qu'il a posées dans la loi de procédure; elle est *dangereuse* si elle ne les renferme pas.

Enfin on a grandi le cercle de la question en y faisant entrer l'intérêt de tous les autres créanciers du même débiteur.

« L'intérêt de l'emprunteur, disait à cette occasion M. Persil[1], « n'est pas d'ailleurs le seul qui doive préoccuper la scrupuleuse « sollicitude de la loi. Il y a ou il peut y avoir d'autres créan- « ciers qui ont aussi des droits sur l'immeuble, et à qui il « importe de le faire vendre publiquement, judiciairement, afin « qu'il atteigne à la plus haute valeur, et que le payement de « leurs créances soit d'autant plus assuré. Ne serait-ce pas porter « préjudice à leurs droits, qui peuvent être antérieurs à ceux de « ce créancier *trop vigilant*, que d'autoriser une convention qui « mettrait le débiteur commun et sa fortune *à la discrétion de* « *ce dernier?* »

Et, dans le même ordre d'idées, M. Portalis ajoutait[2] : « Une « telle stipulation créerait, en faveur du créancier qui pourrait « plus aisément faire exécuter son contrat, un privilége qui sor- « tirait de la classe de ceux que la loi a voulu établir, privilége « d'autant plus injuste à l'égard des autres créanciers qu'ils « l'auraient ignoré; car il n'existerait aucune obligation de le « rendre public. Ceux qui n'auraient pas stipulé cette clause « auraient traité, dans l'espérance de ne devoir suivre la vente « de leur gage, qu'auprès de la juridiction ordinaire; cependant « il pourrait se faire qu'ils fussent obligés de la suivre au loin « avec déplacement, là où ne se trouveraient ni leurs conseils « pour les guider, ni la même concurrence pour faire monter « l'immeuble à son juste prix. Pour faire exécuter un seul

[1] Rapport de M. Persil, à la Chambre des pairs, du 23 mars 1840.
[2] Rapport de M. Portalis, à la Chambre des députés, le 9 juin 1840.

« contrat, on violerait tous les autres qui reposeraient sur les « propriétés du même débiteur. »

Nous n'avons pas la prétention ni la possibilité de reproduire toute cette grande et consciencieuse discussion, et nous laissons dans l'ombre la foule des arguments de second ordre et tirés notamment : de la nécessité du renvoi devant la justice à la moindre difficulté soulevée sur l'exécution de la clause, de l'inflexibilité de la stipulation contractuelle qui enlève au débiteur le bénéfice de toute concession de délai, des lenteurs et des frais, suite nécessaire de toute adjudication à un insolvable, parce que la vente amiable n'a pas pour sanction la voie de folle enchère.

Il nous suffit de répéter ces mots de l'honorable M. Lavielle, « qu'il n'y eut jamais dans aucun temps, dans aucun pays, une « loi aussi longuement, aussi patiemment élaborée que la loi du « 2 juin 1841. »

Qui pourrait croire ensuite que dans ce travail si profond il s'est cependant glissé un article (l'article 742) qui, comme le célèbre article de la Charte de 1814, permettrait de le détruire entièrement?

C'eût été en effet bien inutile de se livrer à un pareil travail si, après avoir dit aux justiciables : « Voilà les garanties que « renferme la loi de procédure que nous venons d'achever après « tant de peines et de soins; » on ajoutait : « Toutefois, quand « vous le voudrez, vous pourrez vous en affranchir, il suffira de « le dire dans le contrat. »

La clause est populaire, favorable à l'agriculture, et le législateur a déjà manifesté ses tendances à y revenir.

L'argument tiré de la *popularité* ne nous toucherait que médiocrement, car ce sont les législateurs surtout qui doivent savoir résister à ce genre d'entraînement et ne faire que des lois justes et utiles, populaires ou non. Mais, d'ailleurs, cet argument n'en est pas un, car il conduirait tout droit à la négation de toute législation, au *laisser-faire* et *laisser-passer !* On a pu dire aux masses : Les formalités judiciaires pour la vente des biens immeubles sont longues et coûteuses; si le législateur vous laissait par un article de loi la faculté de faire votre procédure à votre gré, ne serait-elle pas beaucoup plus courte et

moins coûteuse? A la question ainsi posée, la réponse n'est pas douteuse.

Et cependant le raisonnement que voici n'est-il pas plus élevé et plus logique?

Si l'on trompe les masses en leur disant que la loi de procédure renferme des formalités trop longues et trop coûteuses, il faut bien se garder de favoriser l'erreur en abrogeant l'article 742; mais si le fait est vrai, si la loi de procédure est imparfaite, il faut la changer, tout en maintenant *de plus fort* l'article 742.

Quel est le but que doit atteindre le législateur? la vente aux meilleures conditions possibles pour arriver d'abord au payement de la dette!

Que le législateur étudie la matière, s'entoure de tous les travaux de l'intelligence, de toutes les lumières de l'expérience, et qu'il dicte les dispositions de la loi qui doivent conduire à un pareil résultat! Mais, lorsqu'il l'aura fait, qu'il ne soit pas subitement pris d'une sorte de défiance de lui-même, qu'il ne croie pas que le premier venu saura mieux que lui trouver ce qu'il convient de faire, qu'enfin, après avoir donné d'une main la loi de procédure, il ne la retire pas de l'autre en effaçant l'article 742!

L'argument tiré de l'affluence des capitaux vers l'agriculture, que l'abrogation de l'article 742 doit produire, ne nous semble vraiment pas sérieux.

C'est la loi de procédure, ses frais et ses lenteurs, qui repoussent les capitaux! Et cela est fondé sur cette circonstance que les prêts hypothécaires ont énormément diminué depuis vingt ou vingt-cinq ans.

Comment, est-ce que l'on ne fera pas état de toutes les circonstances autres qui ont dû exercer leur influence attractive sur les capitaux? Depuis vingt-cinq ans la France a notamment créé 9,000 kilomètres de chemins de fer et dépensé pour cela 4 milliards 1/2.

Depuis dix à douze ans elle a vu se centupler les valeurs dites mobilières sur ces grands marchés que l'on nomme les *bourses* de commerce.

Les *affaires*, pour employer le mot générique consacré, ont fait une rude concurrence à la terre; et, comme tous les concurrents, elles ont offert des *avantages* plus ou moins solides, mais

toujours brillants et miroitants. Ces *affaires* s'abritant sous des dispositions législatives exceptionnellement protectrices, dans un but qui originairement n'avait trait qu'au *crédit public*, ne rencontrent pas d'obstacles dans leur course rapide; il n'y a ni inscriptions hypothécaires ni même d'*oppositions* à redouter; il n'y a pour ainsi dire pas de formalités à remplir, une simple signature; mais non, pas même de signature, on s'en est bien vite débarrassé par la formule *au porteur;* tout se meut, tout est entraîné par le tourbillon! Et comme, après avoir successivement appelé et détourné les capitaux par l'appât de l'intérêt plus élevé, il a fallu toujours progresser dans cette voie, on y a ajouté les dividendes, puis les tirages au sort avec lots primés; enfin les nombreuses victimes de cette fascination ne vivent plus que *sur le capital*, dont elles subissent les variations de hausse et de baisse.

Combien nous sommes loin des frais et des lenteurs de la justice! Eh bien! nous le disons et le proclamons hautement : ou la clause de voie parée que vous désirez renfermerait les garanties que l'on doit mieux attendre d'une bonne loi de procédure, ou elle ne les renfermerait pas. Dans le premier cas, elle ne pourrait jamais faire une heureuse concurrence aux capitaux mobiliers; dans le second cas, elle pourrait lutter avec eux, mais ce serait à la condition de suivre le même courant qu'eux et d'entraîner dans le même gouffre les *immeubles* eux-mêmes, c'est-à-dire le patrimoine de la famille et la base du crédit public.

Maintenant nous pouvons terminer par ce simple raisonnement :

Les adversaires de notre article 742, ceux qui demandent son abrogation, ne peuvent faire valoir que deux arguments : le premier, tiré de la *liberté* des conventions; le second, des formalités longues et coûteuses de la procédure de saisie immobilière.

Au premier argument, nous avons le droit de dire : Si vous ne reconnaissez pas que la stipulation à intervenir entre le créancier et le débiteur sur la disposition du gage, au cas de non-payement, touche à l'*ordre-public*, vous devez permettre toutes les stipulations, même celle connue sous le nom de *pacte commissoire;* car, si le législateur n'a pas à limiter la liberté de la convention, il ne saurait empêcher le débiteur de consentir

à ce qu'au cas de non-payement et à titre de clause pénale le gage devienne la propriété du créancier.

Eh bien! nous en avons la conviction, vous n'oserez pas aller jusque-là, et vous serez obligés de répéter, avec M. Troplong[1], « qu'un tel pacte est *vexatoire*, qu'il est un *abus* du fort sur le faible, une *odieuse spéculation* de celui qui a, sur celui qui éprouve une nécessité d'argent; qu'il est *immoral* parce que rien n'est plus contraire aux bonnes mœurs que de tirer parti de la faiblesse d'un débiteur aux abois et de s'enrichir à ses dépens. »

Au second argument consistant à dire par nos adversaires : Nous repoussons le pacte commissoire; nous ne voulons pas que le créancier puisse devenir propriétaire du gage à défaut de payement; mais nous trouvons la procédure de vente imposée par le législateur trop longue et trop coûteuse, et nous prétendons avoir le droit d'en stipuler *une autre*; nous répondrons :

D'abord, nous prenons acte de la concession que vous venez de nous faire; à savoir qu'il importe à l'ordre public que le créancier ne puisse pas devenir propriétaire du gage à titre de clause pénale; et qu'il convient que la vente en soit réglée d'une façon utile aux intéressés, c'est-à-dire qui permette au créancier de rentrer dans sa créance, et au débiteur de profiter de l'excédant qui lui appartient légitimement. Or, comme on ne saurait permettre de faire indirectement ce qui ne peut se faire directement, le législateur doit surveiller la stipulation relative au mode de réalisation du gage, pour qu'elle ne dégénère pas en vente déguisée au profit du créancier. L'avertissement vis-à-vis du débiteur, la publicité vis-à-vis des amateurs, les conditions mêmes de l'adjudication constituent des garanties que le législateur doit exiger dans cette stipulation. Et, si telle est sa conviction, il ne doit pas abandonner le soin de la surveillance à d'autres, ce serait *abdiquer*.

Le voici donc amené par la force des choses à édicter une procédure pour la vente de ces sortes de biens.

C'était en 1841, au moment même où il venait de refaire le Code de procédure civile dans la partie relative à la vente des bien immeubles; ils avait purgé le Code de procédure civile de toutes les formalités qui ne lui paraissaient pas indispensables

[1] *Du nantissement*, nos 379 et 381.

aux garanties réclamées par l'intérêt du débiteur et du créancier [1], et toutes celles par lui conservées lui avaient paru indispensables à cet intérêt; comment pouvait-il penser, d'une part, que les stipulations connues jusque-là sous le nom de *clause de voie parée*, et qui n'avaient eu de raison d'être que dans les formalités longues et coûteuses du Code de procédure de 1806, pourraient encore se reproduire sous l'empire de la loi de 1841? Et comment, d'autre part, aurait-il pu permettre au créancier d'en stipuler d'autres, c'est-à-dire *moins* que le minimum de garantie par lui reconnu nécessaire à ce moment?

Le législateur eût été illogique en agissant autrement qu'il ne l'a fait! Et depuis la loi du 21 mai 1858, qui a rattaché les effets de la *purge légale* à la saisie immobilière (ce qu'une procédure conventionnelle ne saurait jamais procurer), le législateur n'a-t-il pas une raison de plus pour persister?

Son œuvre de 1841 est-elle imparfaite, et conséquemment susceptible d'améliorations? C'est une question qui ne touche en rien à la conservation de l'article 742. En effet, cet article renvoie purement et simplement les parties aux formalités du droit commun. Celles-ci sont-elles bonnes et indispensables? Maintenons-les. Sont-elles en tout ou en partie inutiles? Sollicitons-en le changement du législateur.

Soumettons à sa haute sagesse et la question du morcellement indéfini de la propriété et celle des droits du fisc (qui ajoutent tant au poids des frais), même le salaire des agents de la loi; mais, au-dessus de tout cela, plaçons et respectons les principes qui assurent la moralité du contrat de prêt.

CH. RAMEAU.

[1] La loi de 1841 a supprimé, dans l'ancienne procédure de saisie immobilière, la transcription de la saisie au greffe, l'insertion d'un extrait de la saisie dans un journal, les affiches et l'insertion avant la première publication, les deuxième et troisième publications et l'adjudication préparatoire; elle a simplifié les incidents de la saisie en interdisant l'appel de divers jugements.

EXPOSÉ DES MOTIFS DU PROJET DE LOI

POUR

L'ABOLITION DE LA PEINE DE MORT DANS LES PRINCIPAUTÉS-UNIES.

Par M. Boïaresco, ministre de la justice en Valachie.

Une des plus importantes questions sociales qui aient occupé les moralistes, les publicistes et les législateurs des temps modernes, c'est la peine de mort. Cette peine est-elle légitime? Est-elle nécessaire ou utile aux sociétés? Doit-elle ou ne doit-elle pas disparaître de la législation des peuples? Voilà des questions qui n'ont même pas été soulevées par les anciens, tant la peine de mort passait à leurs yeux pour juste et utile; c'est depuis les XVIIIe et XIXe siècles qu'elles sont sérieusement discutées par les plus grands esprits.

La discussion se continue, et la solution n'est pas encore arrêtée.

Pour notre compte, nous nous décidons, en demandant purement et simplement l'abolition de la peine de mort, en faisant disparaître de nos lois une pénalité qui existe encore en Amérique et dans presque tous les États civilisés de l'Europe.

Une pareille demande doit être justifiée. Nous devons prouver qu'elle est conforme à la justice et la morale, à la raison et à l'intérêt social bien entendu.

La peine de mort a ses partisans et ses adversaires. Les publicistes et les moralistes ont émis des opinions contraires et ont sollicité les législateurs de s'y conformer.

La légitimité de cette peine, a-t-on dit, ne saurait être contestée, car elle a sa source dans le droit de la *légitime défense*. Chaque individu a le droit de repousser tout ce qui tend à détruire sa liberté ou sa propriété; il faut par conséquent repousser également ce qui tend à lui ôter la vie. Si l'individu, en cas de légitime défense, a le droit de tuer son ennemi, pourquoi la société n'aurait-elle pas aussi le droit de prononcer *légitimement* la peine de mort contre celui qui a troublé son ordre?

On confond le droit qu'a chaque homme de se défendre avec le droit de punir qui appartient à la société. Il est vrai que tout individu a le droit de se défendre contre toute attaque imprévue;

il peut même tuer l'agresseur lorsqu'il est privé de tout autre moyen de résistance. L'instinct de notre propre conservation nous confère ce droit. Mais la société, toutes les fois qu'un crime est commis, ne se trouve jamais dans une pareille position.

La société ne se défend pas, elle punit.

Lorsque l'individu se défend, il exerce un droit; lorsque la société punit, elle accomplit un devoir.

Pour l'individu, la défense est légitime lorsque le danger est imminent, menaçant, présent et inévitable; lorsque la société punit, le danger est passé, et elle peut réfléchir de sang-froid et avec impartialité à la peine qu'elle doit prononcer.

Il ne peut donc exister aucune analogie entre le droit de légitime défense et le droit de punir : de ce qu'un individu peut, dans quelques circonstances difficiles, se défendre en tuant son adversaire, on ne peut pas induire sérieusement la légitimité de la peine de mort; car où trouve-t-on l'identité de position entre un individu, isolé et faible, et la société, forte et armée? Peut-on soutenir qu'à cause d'un crime particulier la société se trouve en cas de légitime défense? Nous ne le croyons pas. Comme a dit Pastoret, « la société ne se trouve pas attaquée dans tous ses membres; l'ennemi qu'elle punit est désarmé et écrasé, pour ainsi dire, par la supériorité de la force. »

On a invoqué l'autorité historique. Nous trouvons la peine de mort acceptée par tous les peuples, appliquée dans tous les pays et à toutes les époques de la civilisation ou de la barbarie; il y a là, a-t-on dit, un signe suffisant pour justifier sa légitimité.

Je ne crois pas qu'on puisse tirer un grand profit de cet argument. De ce qu'une institution est restée debout pendant plusieurs siècles, il ne s'ensuit pas qu'elle soit juste. La servitude de la femme, qui était soumise à l'autorité absolue du mari, a été proclamée dans presque toutes les législations anciennes, et cependant on n'a pas pensé, pour cela, que la servitude de la femme était légitime. L'esclavage existe encore en Amérique et dans les autres continents; son origine remonte aux premiers âges, et cependant on ne peut pas raisonnablement invoquer cette autorité historique pour soutenir l'esclavage. Pourquoi s'appuyer de cette autorité lorsqu'il s'agit de la peine de mort?

L'homme peut se tromper. Il ne marche pas par soubresauts, mais progressivement vers la découverte de la vérité. Une fois qu'il l'a trouvée, il doit la proclamer sans retard, quelle que soit la longueur du temps qu'on a dû mettre pour la découvrir. Attendre encore, ce serait augmenter encore le nombre des victimes qui sont tombées jusqu'à son arrivée. Lorsqu'en 1828 le célèbre jurisconsulte américain Livingston fit triompher dans la Louisiane l'abolition de la peine de mort, il disait dans son rapport : « Que vous demandons-nous? Nous vous demandons de renoncer à une expérience qui a été faite sans hésitation pendant cinq ou six mille ans, modifiée de toutes les manières et se manifestant sous toutes les formes qu'a pu inventer le génie de la cruauté dans tous les temps, et qui n'a jamais atteint le but proposé. » L'ancienneté de la peine de mort n'a aucune influence sur la conscience de Livingston et sur l'esprit du législateur auquel il s'adresse : cette peine fut abolie, et la Louisiane continua de vivre aussi assurée que par le passé.

Ni le droit de légitime défense, ni l'autorité historique ne peuvent donc justifier la légitimité de la peine de mort.

Elle est par conséquent illégitime : elle ne réunit aucun des caractères que doit avoir toute peine pour être juste.

Lorsque la société tue un homme, elle ne se venge pas, elle punit. La peine est la privation d'un bien; elle peut nous ôter la liberté ou l'avoir qui constitue nos biens. Mais, avant tout, la peine doit être juste et morale. C'est ainsi que la confiscation des biens est une peine injuste, car elle frappe indirectement les innocents, les héritiers de celui qu'elle punit. Les torturès, les mutilations, quoiqu'elles n'atteignent que notre corps, sont injustes, car elles dépravent l'humanité, corrompent les mœurs et dépassent la mesure voulue pour maintenir l'ordre public. N'en est-il pas de même pour la peine de mort, qui nous frappe dans notre existence?

Nous croyons qu'elle ne répond pas au double but que se propose toute peine, savoir : de réparer le mal commis et de mettre les coupables dans l'impossibilité de renouveler leurs crimes. Elle ne répare rien; la réparation du mal accompli consiste, pour tout bon système pénal, dans le perfectionnement moral du coupable. Or ce but essentiel ne peut pas être atteint lorsque l'individu n'existe plus. Il est vrai que, de cette manière, on le met dans l'impossibilité d'agir; mais nous pensons

qu'en tuant la société dépasse son but. Le criminel condamné à un emprisonnement perpétuel se trouverait dans la même position, et l'exécution capitale devient inutile. La société pourrait-elle sérieusement craindre celui qui, enfermé et désarmé, est complétement privé de toute liberté?

On pourrait dire que la peine de mort est nécessaire à l'intérêt social et aux besoins d'une société régulière. Pour cela, il faudrait qu'elle réunît plusieurs qualités qui lui manquent; elle ne peut pas être proportionnelle; elle fait disparaître toutes les nuances de la criminalité. Elle est indivisible; elle est absolue; on ne peut qu'ôter la vie à un homme ou la lui laisser; et pourtant on ne peut pas admettre que les cas dans lesquels la loi prononce cette peine n'offrent aucune différence de culpabilité. La société se trouve par conséquent dans la dure nécessité de frapper tous les crimes de la même manière. Est-ce conforme à son véritable intérêt?

De plus, la peine est immorale. Elle n'est, en effet, que la continuation des anciennes tortures et mutilations; c'en est la plus haute expression. Elle présente à la foule un spectacle barbare qui ne fait qu'endurcir les mœurs et rendre les cœurs insensibles.

Elle n'est pas réformatrice, car, comme nous l'avons dit, le coupable ne peut plus être rendu meilleur.

Enfin le défaut le plus grave et le plus terrible de cette peine est qu'elle rend toute réparation impossible; tout est terminé après l'exécution d'un innocent. Il suffirait de ce seul défaut pour que la peine de mort fût repoussée par tous les cœurs généreux, par tout législateur prévoyant.

Qui d'entre nous ignore les erreurs auxquelles la justice humaine est exposée? Celui qui se trouve sous le coup d'une accusation capitale est souvent dans la plus périlleuse position. Une foule de circonstances imprévues peuvent intervenir pour plaider contre lui. Les témoins peuvent être trompeurs ou trompés. Un simple oubli de ce que l'accusé a fait tel jour, à telle heure, peut donner naissance à de graves présomptions de culpabilité. Une ressemblance physique, des paroles prononcées légèrement, une coïncidence fatale de plusieurs faits inexplicables, tout peut contribuer à la condamnation d'un innocent, à la prononciation d'une sentence injuste.

Et remarquons que plus le crime sera grand, plus il produira

du bruit et laissera le champ libre à l'erreur ; le juge sera facilement exposé à se tromper. Tout alors tourne contre l'accusé. La voix publique demande la punition du criminel ; mais auparavant on doit le trouver. Le premier accusé venu tombera alors sous la main de la justice. Les esprits sont agités de même que les passions. Les témoins deviennent, sans s'en apercevoir, accusateurs : le bruit du dehors les anime et les encourage ; la culpabilité se mesure d'après son intensité ; tout doute paraît impossible lorsque la préoccupation publique est si bien montée. On cherche un coupable, et on est certain de l'avoir trouvé. Le juge, sous l'impression de toutes ces circonstances et des passions populaires, condamne un innocent, et la foule crie que *la société est vengée !*

Combien de fois la justice humaine n'a-t-elle pas été exposée à commettre de pareilles erreurs ! Combien de fois on a exécuté un accusé dont on a reconnu plus tard l'innocence ! Et lorsque la hache du bourreau a frappé, toute réparation devient impossible. L'admission des circonstances atténuantes a diminué un peu la gravité du mal. C'est ainsi qu'en France, le 17 mars 1843, un nommé Silippe, accusé d'assassinat, et dont la peine de mort fut commuée en celle des travaux forcés à perpétuité, à cause des circonstances atténuantes, fut, deux ans après, reconnu et déclaré innocent. Un nommé Lesnier fils, également condamné, le 30 juin 1848, fut aussi reconnu innocent, après cinq ans et demi de travaux forcés, à Rochefort et à Brest. Un nommé Mallet, condamné à mort à Londres, au mois de janvier 1855, et dont la peine a été commuée en quinze ans de déportation, peu de temps après, fut déclaré non coupable.

Que serait-il arrivé si tous ces prétendus criminels avaient été exécutés ?

Comment peut-on encore soutenir qu'une pareille peine est conforme à l'intérêt social ?

Les tendances des publicistes et des législateurs des États civilisés sont généralement pour l'abolition de cette peine. C'est ainsi, comme nous l'avons vu, que sur le rapport de Livingston la Louisiane est entrée dans cette voie, et que l'État n'en souffre aucunement. Léopold, le grand duc de la Toscane, après avoir suspendu l'application de cette peine pendant vingt et un ans, l'a abrogée complétement en 1786. Dans tous les États de l'Europe et en Amérique, où elle existe encore,

on voit une aspiration générale pour obtenir son abolition.

Ainsi, en France, qui a été la première à donner le signal de l'émancipation universelle, lorsqu'en 1791 on préparait le Code pénal, plusieurs auteurs réclamèrent une pareille abrogation. Leurs efforts n'aboutirent pas, mais ils laissèrent des traces ineffaçables; quelques années plus tard, nous voyons en effet, dans la loi du 4 brumaire an IV, cette disposition : « A partir de la publication de la paix générale, la peine de mort sera abolie dans la République française. » Le jour de la paix arriva, et cependant la loi de nivôse an X déclara que cette peine continuerait de s'appliquer *jusqu'à ce qu'il soit autrement statué*. L'abolition ne fut donc pas repoussée, mais suspendue.

Le Code pénal de 1810 conserve la peine de mort. Mais quelle différence avec l'ancien temps! Sous Louis XIV, cent trente-deux crimes étaient frappés de cette peine; en 1810, on n'en compte que trente-quatre.

En 1830, on revint au sein de l'Assemblée sur cette question. Un des orateurs demanda l'abolition de la peine de mort; on renvoya la demande. En 1832, au moment de la révision de la loi pénale, le ministre du roi proposa à la Chambre française de diminuer encore le nombre des crimes frappés de cette peine, et lui exprima le désir de la voir un jour abolie complétement. Il en désirait la conservation seulement comme une nécessité. Le rapport de la commission de l'Assemblée émet la même opinion.

En 1848, la question est de nouveau présentée. On fit un grand pas vers sa solution, car on décréta l'abrogation de la peine de mort en matière politique par la constitution et la loi du 26 février 1848, et par la loi du 10 juin 1850. On la conserva pour les crimes ordinaires, toujours comme une nécessité et provisoirement.

Si donc la peine de mort existe encore en France, c'est parce qu'elle y est considérée comme nécessaire, et, comme le disait le ministère en 1832, jusqu'à ce que sa suppression soit en harmonie avec les mœurs nationales.

Pourtant il ne faut pas oublier que les lois forment très-souvent les mœurs, et que beaucoup de lois vicieuses corrompent les bonnes mœurs. Et nous ne pouvons pas comprendre comment cette peine peut être nécessaire à la société actuelle.

Anciennement ou à l'époque féodale elle pouvait, jusqu'à un certain point, être nécessaire. Son existence, si elle n'était pas légitime, pouvait au moins être *excusée*. L'état moral et matériel des sociétés, la multitude des guerres privées et publiques, l'incertitude de la vie, l'inefficacité des lois existantes et la faiblesse du pouvoir administratif, tout cela pouvait excuser l'emploi d'une peine qui était conforme à l'état général de la société. Aujourd'hui, grâce au ciel, tout est changé. La guerre n'est plus l'état normal de la société. Les déprédations, les violences si fréquentes autrefois ne se commettent aujourd'hui que très-rarement et dans des cas exceptionnels. Les assassinats, les incendies, tous les crimes ont diminué dans une grande proportion, comme le prouvent les statistiques. L'action de la loi et de l'administration est beaucoup plus forte. Depuis que les seigneurs avec leurs châteaux n'existent plus, le droit du plus fort a fait place à la loi. La liberté et la vie des personnes ne sont plus à la merci de ces petits tyrans. Une loi unique et égale garantit le droit de chacun, et les pouvoirs constitutifs, mettant un terme à l'arbitraire des individus, protégent de la même manière le riche et le pauvre.

L'état matériel est également amélioré. Le progrès de l'agriculture, l'augmentation des capitaux, la sûreté générale surtout ont fait que tout le monde peut se procurer les commodités de la vie, le bien-être. Cette commodité permet à l'homme d'enrichir son intelligence et d'améliorer son cœur.

L'instruction publique est abondamment répandue dans les États civilisés. Au moyen âge, l'homme de guerre, le gentilhomme, avait honte de savoir lire et écrire; aujourd'hui les paysans, les ouvriers, trouvent naturel de posséder ces connaissances.

Les temps ne sont donc plus les mêmes, et j'ignore quel état des sociétés actuelles ne comporterait pas l'abrogation d'une peine radicalement défectueuse.

Après la réforme de 1832, il resta en France seulement vingt-quatre crimes punis de la peine de mort. Et on a admis en même temps les circonstances atténuantes. L'opinion publique a su en tirer profit; aussi, en fait, cette peine n'est, en général, prononcée que lorsqu'il y a homicide commis avec intention. C'est presque le seul cas où les jurés la fassent appliquer. La loi est donc éludée.

En Allemagne, la peine capitale est généralement prononcée dans six ou sept cas.

Les Codes piémontais et napolitains qui, au point de vue de la sévérité, se rapprochent beaucoup plus de la loi française, prononcent la peine de mort dans quinze à vingt cas.

La tendance vers l'abrogation se trouve donc dans la plupart des États européens et en Amérique. S'il y a encore des publicistes ou des législateurs qui la soutiennent, cela provient surtout d'un préjugé qui leur fait croire qu'elle est encore nécessaire dans l'état actuel de la société. Ce préjugé disparaîtra comme beaucoup d'autres, et la vérité triomphera. Le nombre des crimes pour lesquels on continue de la prononcer est très-restreint; le progrès est évident, personne ne saurait le contester.

Les Roumains se trouvent dans la position la plus favorable pour l'abolir complétement. Leur caractère doux et hospitalier, leurs mœurs simples et paisibles, les rendent peu propres à supporter le dur spectacle d'une exécution qui produit des sensations trop fortes pour ne pas user un cœur non corrompu. La vie patriarcale qu'on mène dans les villes et les campagnes, l'abondance matérielle de notre terre, la facilité avec laquelle tout individu peut se procurer le nécessaire, tout cela contribue à rendre les passions des Roumains moins violentes et les met en état d'améliorer plus facilement leur esprit et leur cœur.

Cependant la peine de mort existe chez nous, au moins en droit, sinon en fait. Pour notre honneur et pour notre recommandation auprès des autres nations civilisées, il y a à peu près trente ans qu'aucune exécution n'a eu lieu.

La place de bourreau reste vacante!...

Les tribunaux prononcent la peine de mort; mais le chef de l'État, usant de son droit de grâce et se conformant au sentiment général de la nation, transforme cette peine en celle des travaux forcés à perpétuité.

La marche de notre législation à cet égard présente un phénomène curieux. Dans le Code Caradja de 1818 la torture fut conservée, et la peine de mort prononcée seulement dans le cas d'homicide avec préméditation, de brigandage et de faux monnayage. La torture et la peine de mort furent appliquées jusqu'en 1830.

A partir de cette époque, l'opinion publique fut si hostile aux exécutions qu'elles n'ont plus eu lieu.

La loi pénale mise en vigueur en 1852, copiée sur la loi française, est moins sévère que celle-ci. Elle supprime les tortures et prononce la peine de mort pour dix crimes, c'est-à-dire qu'elle va plus loin que le Code Caradja et moins loin que la loi française qui, après la réforme de 1832, la prononce pour vingt-quatre crimes. Et pourtant jamais, en fait, la peine de mort n'a été exécutée.

Que demandons-nous aujourd'hui? Que la loi soit d'accord avec le fait, qu'elle abroge une peine contraire à la raison et à la morale, contraire à l'intérêt social bien entendu.

Et aucune époque ne nous paraît plus favorable que celle-ci pour décréter cette abolition. Aujourd'hui nous jouissons d'un régime constitutionnel qui peut nous conduire à la grandeur, à la prospérité; aujourd'hui l'élu de la nation, préoccupé du bonheur de sa patrie, désire mettre en pratique les plus saines réformes sociales et économiques. Tout concourt pour que la puissance publique soit forte et respectée, pour que la liberté, la vie et les biens des citoyens soient sérieusement garantis.

L'abolition de la peine de mort ne peut laisser aucun vide dans notre mécanisme gouvernemental. L'établissement d'un bon système pénitentiaire complétera cette réforme humanitaire et civilisatrice.

Nous avons démontré que l'abrogation de la peine de mort est conforme à la raison, à la justice, à la morale publique, à l'intérêt social : les lois des autres nations tendent à son abolition, et les Roumains se trouvent en position de la proclamer.

Les pouvoirs qui la proclameront laisseront à la postérité un monument qui commandera la reconnaissance et le respect.

Nous proposons donc à l'honorable commission centrale, conformément à l'article 33 de la convention de Paris du 19 août 1858, le projet suivant :

Article 1er. La peine de mort est abrogée;

Art. 2. Cette peine sera remplacée, dans tous les cas où la loi pénale la prononce, par celle des travaux forcés à perpétuité.

B. BOÉRESCO.

ASSURANCE DU RISQUE LOCATIF.

DROIT DU PROPRIÉTAIRE-BAILLEUR SUR L'INDEMNITÉ. — NATURE ET LIMITE DE L'OBLIGATION DE L'ASSUREUR.

Par M. L. Philbert,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Un récent arrêt de la chambre des requêtes,[1] qui vient de renverser une jurisprudence fort ancienne, consacrée notamment par deux arrêts de la cour de Paris, et faisant depuis plus de vingt années la règle constante, et, pour ainsi dire, incontestée des compagnies d'assurance, nous permet de présenter aujourd'hui avec pleine confiance, une thèse que l'on aurait pu auparavant taxer presque de témérité, et nous invite même à déduire et à proposer la conséquence logique, équitable et légale que contient cette solution nouvelle, et qui en est le correctif désormais indispensable.

Il est nécessaire de remonter aux principes.

L'assurance du risque locatif, c'est la garantie promise par l'assureur au locataire, à raison de la responsabilité pesant sur lui, aux termes des articles 1733 et 1734 du Code Napoléon : le locataire à qui une maison a été confiée, est obligé de la rendre *en nature, en excuses légales* ou *en argent ;* c'est le droit commun des contrats appliqué aux obligations du preneur, aggravé toutefois par l'action *in solidum.*

Le locataire doit être tenu indemne par son assureur ; celui-ci doit anéantir, au profit de l'assuré, neutraliser la responsabilité des articles 1733 et 1734 : rien de plus, rien de moins. Si donc, en cas de sinistre, le locataire prouve que le feu n'a pas pris chez lui, ou que s'il y a commencé, c'est par cas fortuit, force majeure ou vice de construction, il est exonéré par cette justification même, et son assureur n'a rien à payer. Si le propriétaire, par humanité ou par conviction que le locataire est exempt de faute, renonce à son recours, l'assureur du risque locatif ne doit encore aucune indemnité. Enfin si le locataire est contraint de payer au propriétaire la valeur de sa maison, l'assureur devra lui fournir ou lui rembourser la somme.

[1] Du 20 décembre 1859 (*Journal du Palais*, 1860, Ire partie, p. 146).

Quelle est donc la situation juridique du locataire assuré contre le risque locatif? Elle serait unique et sans analogue dans le domaine du droit, si le même contrat d'assurance ne nous offrait une seconde combinaison tout à fait identique, dont nous aurons à parler, dans la personne de l'assureur réassuré.

Examinons cette situation.

Rien n'est changé pour le propriétaire resté étranger au contrat; en conséquence, le locataire reste, comme par le passé, soumis à son action.

Mais le locataire, dans ses rapports avec l'assureur, a transformé sa responsabilité locative toujours maintenue au regard du propriétaire, en une simple obligation de caution : il a son recours contre l'assureur pour toutes les sommes qu'il sera tenu de payer; c'est l'assureur qui est devenu, vis-à-vis du locataire, le débiteur principal, qui doit supporter la charge définitive de la dette.

Cette espèce de contrat de cautionnement fonctionne dans des conditions fort insolites; car ce n'est pas un contrat accessoire, augmentant les sûretés du créancier; c'est un contrat indépendant, passé par le débiteur à son profit exclusif, et lui procurant un garant. Malgré ces différences, il est certain que les obligations de l'assureur vis-à-vis du locataire, sont celles du débiteur principal vis-à-vis de la caution. Rapporter la décharge du créancier, voilà sa seule obligation; subsidiairement, le débiteur doit rembourser ou verser à la caution les sommes que celle-ci a dû avancer ou qu'elle est menacée de payer.

Ces principes bien posés, il faut en faire l'application aux droits du propriétaire d'abord, puis aux obligations de l'assureur.

SECTION Ire.

Droit du propriétaire-bailleur sur l'indemnité.

Le propriétaire n'a aucun droit privatif, de quelque nature qu'il puisse être, sur l'indemnité des risques locatifs.

C'est ce que la cour suprême vient de proclamer dans son arrêt précité. Cette décision, si conforme aux vraies règles du droit et à l'esprit du contrat d'assurance, doit être considérée comme inaugurant une jurisprudence définitive.

S'il ne s'agissait que de justifier la doctrine de cet arrêt, il

suffirait d'en transcrire le texte, tant les principes qu'il énonce sont certains; et cependant, il faut le dire, l'argument le plus décisif, le plus saisissant à notre gré, a été complétement omis.

Mais il importe d'étudier les nombreux systèmes qui se sont produits pour arriver à créer un titre de préférence au propriétaire; il n'est pas sans intérêt de voir ce que les inspirations d'une équité mal éclairée ont pu accumuler d'efforts et de subtilités pour éluder une solution juridique, injuste en apparence; les compagnies d'assurances [1], dont l'intérêt s'accordait avec cet instinct peu réfléchi, ont merveilleusement secondé ce travail; et l'on verra par cet exemple que, malgré toutes les garanties que nous présente la justice, il n'est pas impossible que les grandes corporations, compagnies ou administrations, n'exercent une certaine action sur la jurisprudence, et ne retardent quelquefois la consécration des vrais principes; car elles ont des auteurs à elles, formés dans leurs bureaux, écrivant la doctrine, et il faut reconnaître qu'ils ont par leur expérience personnelle une incontestable supériorité sur les autres jurisconsultes; de plus, elles sont assistées des conseils les plus intelligents et les plus habiles, et ne craignent pas de renouveler et de souteuir jusqu'au bout les procès qui touchent à des questions vitales; la lutte est inégale contre de simples particuliers.

Qu'un locataire failli reçoive 10,000 francs de son assureur, comme indemnité du risque locatif, et que le propriétaire incendié ne puisse toucher dans la masse qu'un dividende de 10,000 francs, alors que le surplus sera partagé entre les autres créanciers, c'est là un résultat peu satisfaisant pour l'esprit; aussi n'a-t-on rien négligé pour y échapper.

On a invoqué des arguments et des considérations; bien que les arguments n'aient été imaginés et échafaudés que pour donner un semblant de légalité à une solution souhaitée par la conscience, discutons d'abord les arguments; car en droit, tout est là.

Le propriétaire n'a pas été partie au contrat d'assurance du risque locatif; il a été étranger à sa conclusion, il l'est à son exécution, car il ne contribue pas au payement de la prime; c'est pour lui, *res inter alios acta*. Aucun lien de droit ne s'est

[1] Ce sont, en effet, les compagnies agissant comme subrogées au droit du propriétaire qui, le plus souvent, revendiquent le droit privatif.

formé entre lui et l'assureur; il n'a toujours pour obligé que son locataire, et celui-ci ne peut le renvoyer à agir contre l'assureur. Rien de plus juste, rien de plus juridique.

Sous quels prétextes donc pourrait-on conférer au propriétaire un droit privatif sur l'indemnité?

Pour avoir un droit privatif sur une somme, il faut :

En être propriétaire;

Avoir un privilége ou une hypothèque;

Ou bien avoir *une action directe* (nous expliquerons le sens étendu que nous donnons à cette expression) contre le débiteur de son débiteur.

Hors de là, il n'y a pas de titre de préférence; en démontrant successivement que le propriétaire ne peut se prévaloir d'aucune de ces causes limitativement énumérées, nous aurons établi, par le procédé de l'élimination, qu'il est de toute impossibilité que le propriétaire ait un droit privatif.

1° *Le bailleur n'est pas propriétaire de l'indemnité du risque locatif.*

Il serait impossible de comprendre que le bailleur se prétendît propriétaire de l'indemnité.

Toutefois, sans employer directement cette formule qui serait trop choquante, on a essayé de dire que l'indemnité est la représentation de la chose, et que le propriétaire a le droit de reprendre son immeuble *transformé*.

Mais il y a longtemps que les créanciers hypothécaires ont vu, malgré la spécieuse équité de leurs prétentions, rejeter un raisonnement analogue qu'ils opposaient aux chirographaires, lorsque l'immeuble hypothéqué et assuré par le débiteur a été incendié : l'indemnité ne peut être subrogée à la chose, et rester grevée des droits affectant l'objet détruit; elle est une somme purement chirographaire qui se distribue au marc le franc. — Il y a longtemps que l'on reconnaît, sans conteste, que s'il fallait à toute force que l'indemnité représentât quelque chose, elle serait le produit du contrat d'assurance et la représentation des primes payées.

Laissons donc de côté cette impossible subrogation, et concluons qu'il n'existe au profit du bailleur ni propriété directe ni propriété par fiction de subrogation *réelle*.

2° *Il n'a ni privilége ni hypothèque.*

Pour l'hypothèque, il n'y faut même pas songer.

Quant au privilége, il n'existe pour le bailleur que sur les meubles ; or l'assurance du risque locatif est tout à fait distincte de celle du mobilier.

L'indemnité du mobilier ne pourrait même être atteinte par le privilége du propriétaire, car la jurisprudence établie à l'encontre des créanciers hypothécaires s'appliquerait ici par analogie, et refuserait de faire survivre le privilége à l'existence de son objet.

Donc, pas de privilége.

3° *Le propriétaire n'a pas d'action directe.*

Ici règne une certaine confusion produite par la multiplicité des causes peu nettement définies, qu'on a tour à tour invoquées comme principe de cette action directe.

Néanmoins on peut ramener ces différentes variétés d'actions directes à deux classes : 1° action directe naissant en la personne du propriétaire; 2° action directe à lui transmise.

§ 1. — *Action directe* a priori.

a. Le propriétaire a contre le sous-locataire une action directe qui lui permet d'échapper à l'insolvabilité du locataire principal.

Mais il est bien clair que cette exception doit se limiter au cas pour lequel elle a été introduite, c'est-à-dire pour le payement des loyers dus par le sous-locataire (art. 1753, C. Nap.); il est donc impossible d'en exciper contre un *assureur*, et en faveur d'une créance qui n'est pas celle des *loyers*.

b. Le locataire, dit-on, en passant la police d'assurance, a agi comme *negotiorum gestor* dans l'intérêt du propriétaire, qui est le vrai bénéficiaire du contrat, et qui doit réclamer l'indemnité.

Mais rien n'est plus faux et déraisonnable que cette allégation. Qui soutiendra sérieusement que le locataire s'est préoccupé d'autre chose que de sa responsabilité personnelle?

Si nous ne craignions d'insister sur une évidence, nous ferions quelques observations de détail : la première, c'est que s'il y avait gestion d'affaire, le locataire aurait eu l'intention de se faire rembourser les primes, et certes il n'a jamais eu cette pensée; — le propriétaire aurait fait un singulier accueil à cette réclamation; — ensuite habituellement le propriétaire est déjà assuré, de sorte que la gestion serait au profit non pas

même du propriétaire, mais de sa propre compagnie d'assurances !

Enfin, il est si vrai que le locataire songe seulement à lui, qu'il fait assurer la chose, non pas contre toute cause de destruction, mais seulement contre les pertes dont il serait responsable.

c. Il est permis, a-t-on ajouté, de stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation qu'on fait pour soi-même (art. 1121, C. Nap.). C'est cette disposition qui transporte *ab initio* au propriétaire le bénéfice d'une assurance dont il profitera, bien qu'elle ait été contractée par le locataire à la sollicitation de son intérêt personnel.

Cet argument n'est guère qu'une variante du précédent, et se trouve déjà réfuté en partie.

L'article 1121 appartient à cette série de quatre articles consécutifs qui, n'énonçant que des propositions de bon sens, sont devenus féconds en controverses, grâce aux commentateurs, qui ont tenu à y trouver autre chose que des vérités simples et inutiles à exprimer; et cette application de l'article 1121 est une nouvelle preuve de l'abus qu'on peut faire des articles qui ne sont pas nécessaires.

En effet, il est certain qu'accessoirement à une stipulation principale dont on est le bénéficiaire, ou comme condition de cette stipulation, on peut faire une stipulation au profit d'un tiers; mais alors il y a *deux* stipulations, dont l'une ne regarde qu'un étranger : c'est là l'espèce de l'article 1121. Mais rien de semblable ici : il n'y a qu'*une* stipulation; l'assimilation ne peut donc pas même se comprendre. D'ailleurs revenons à la vérité des faits : le locataire n'a prétendu rien faire d'agréable ou d'utile pour le propriétaire; il n'a voulu que pourvoir à sa sécurité personnelle.

§ 2. — *Action directe* a posteriori.

Si le propriétaire ne s'est pas trouvé dès l'origine investi d'un droit sur l'assureur, peut-il du moins chercher utilement dans le fait même de l'incendie qui fait naître sa créance, le principe de son action directe ?

On l'a prétendu.

a. On a dit d'abord que le propriétaire pouvait invoquer l'article 1303 du Code Napoléon : « *Lorsque la chose est*

périe..... sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier. »

Le locataire serait ce débiteur, et il serait tenu à céder sa créance d'indemnité.

Cet article est encore une de ces inutilités et un de ces anachronismes qui ont fatigué l'imagination des interprètes, et dont il est difficile de trouver l'application dans le droit français. Mais pour la décliner ici, qu'il suffise de faire remarquer que si la chose a péri *sans la faute* du locataire, comme le dit l'article, le locataire cesserait d'être responsable, et alors le propriétaire serait sans droit. Cet article spécialement visé par les créanciers hypothécaires dans leur controverse, est sans application possible dans notre espèce.

b. On a imaginé une sorte de subrogation virtuelle naissant de la force même des choses et de la combinaison naturelle du contrat : « *Le contrat d'assurance ne se réalise qu'à la condition de l'existence des droits des tiers* (ici du propriétaire). *Il oblige l'assureur de prendre le fait et cause de l'assuré, et..... il a véritablement pour effet de subroger ces derniers dans les droits de l'assuré contre l'assureur.* » (Rapport de M. le conseiller Nachet, *loc. cit.*).

Ce raisonnement, plus subtil que clair, a été fort justement réfuté par M. le conseiller rapporteur en un seul mot : Comment trouver ici les éléments de la subrogation légale? L'article 1251 du Code Napoléon n'admet pas d'extension.

c. Un argument à peu près semblable a été présenté sous une autre forme : l'obligation de l'assureur est une obligation de faire, celle de désintéresser le propriétaire; le propriétaire a donc le droit d'aller trouver l'assureur pour lui demander d'exécuter son obligation. De plus, on compare cette obligation à celle de construire; si, par exemple, l'assureur s'était engagé à rebâtir la maison, le propriétaire profiterait exclusivement de ce mode d'indemnité.

La réponse est bien simple : sans doute l'assureur *pourrait* rebâtir, si cela a été convenu; mais le propriétaire est sans aucune espèce de droit pour *exiger* cette reconstruction. C'est l'assuré seul qui peut contraindre l'assureur; et ce dernier, même lorsqu'il se serait uniquement obligé à reconstruire, pourrait refuser d'exécuter, et son obligation se résoudrait en

dommages et intérêts. Or, en matière de risques locatifs, l'assureur a le choix de dégager le locataire ou de payer entre ses mains. Mais, dans tous les cas, il est impossible de voir dans la nature spéciale de l'obligation de l'assureur le principe d'un droit pour le propriétaire : il ne pourra réclamer le bénéfice de la police qu'en vertu de l'article 1166 du Code Napoléon.

d. Enfin, il n'y a eu, nous le supposons, à aucune date, ni subrogation conventionnelle, ni délégation, ni cession.

En résumé, il ne nous est permis de rattacher à aucun article de loi, à aucun principe, l'action directe qu'on avait inventée par désespoir de trouver une cause légale à un droit de préférence innommé, et tout à fait arbitraire.

Il nous reste encore à examiner les *considérations*.

Ces considérations, nous nous empressons de le reconnaître, ne sont pas sans justesse, et nous n'en faisons pas aussi bon marché que l'arrêt de cassation; seulement elles sont inconcluantes au point de vue du propriétaire, et ne peuvent servir d'appui à sa prétention : nous verrons si elles ne justifient pas complétement la solution que nous proposons dans notre seconde section.

Le propriétaire a dit aux créanciers du locataire : « De quoi vous plaignez-vous? Je mets la main sur une indemnité qui ne peut vous appartenir pour un centime; en effet, qui comprendra que la responsabilité locative, c'est-à-dire l'éventualité d'une dette, fasse partie *du patrimoine du débiteur?* C'est la menace d'un nouvel article du passif. Concevrait-on qu'on pût être crédité d'une responsabilité, et qu'une responsabilité pût devenir la source d'une créance? Je ne fais donc que prendre une somme sur laquelle vous n'avez pas de droit; vous y avez si peu de droit, qu'il dépend de moi de la faire évanouir en renonçant purement et simplement à mon action. Je ne vous fait pas de tort. Ce risque locatif n'est pas dans le patrimoine, gage commun des créanciers; c'est une chose qui n'est pas *un bien*, qui n'est pas classée, une chose toute *sui generis*. »

Nous déclarons que nous ne pouvons admettre qu'une charge éventuelle puisse jamais être comptée au nombre des valeurs d'un patrimoine, et nous donnons complétement raison aux critiques du propriétaire; mais sa conclusion n'est pas légitime. Les créanciers sont sans droit sur l'indemnité, mais en résulte-

t-il que le propriétaire doive l'appréhender? La seule conséquence serait que les créanciers ne devraient pas profiter de l'indemnité. Nier le droit de son adversaire n'est pas établir le sien, s'il y a en jeu les intérêts d'une troisième personne, l'assureur, ainsi que nous le verrons.

Le propriétaire continue et ajoute dans le même ordre d'idées : « L'assurance ne peut jamais être une occasion de lucre. Si la faillite du locataire encaisse l'indemnité de 100,000 francs et ne m'en paye que 10,000, la masse aurait gagné 90,000 francs par l'effet de l'incendie! Ainsi vous n'êtes pas seulement sans droit sur l'indemnité, mais vous n'y pouvez toucher sans bouleverser les principes de l'assurance. »

L'arrêt de cassation répond que la règle que l'assurance ne peut enrichir est faite pour les rapports d'assuré à assureur, et signifie seulement que l'indemnité ne peut dépasser la valeur de la chose; qu'elle n'a jamais pu servir à déterminer les droits des créanciers de l'assuré entre eux; que, d'ailleurs, l'assuré ne s'enrichit aucunement; s'il est *in bonis*, il paye toute l'indemnité qu'il vient de recevoir; s'il est en faillite, son actif n'est augmenté que de la somme qui s'ajoute au passif, et le partage par distribution de l'indemnité fait seulement que le failli reste devoir plus au propriétaire et moins aux autres créanciers.

Cette réfutation ne peut nous satisfaire. En effet, la règle citée a certainement la signification habituelle que l'arrêt lui donne; mais cette maxime, qui n'est pas écrite d'ailleurs dans nos lois, est l'expression d'une pensée plus générale et plus absolue. L'assurance est la réparation par équivalent de la perte éprouvée; il faut que le remède soit en rapport avec le mal, et appliqué au mal même, sinon l'assurance n'est plus qu'un contrat aléatoire, immoral comme le jeu, et dangereux presque à l'égal du fléau même dont il devait effacer les conséquences, puisqu'il rendra l'incendie désirable et fructueux.

Sans doute les créanciers hypothécaires ont fait valoir ce moyen, sans réussir à faire triompher leur revendication d'un droit de préférence; mais il faut remarquer que le sinistre d'un immeuble hypothéqué ne change nullement *le chiffre* de la fortune du propriétaire; il ne fait qu'en *mobiliser* une partie. Au contraire, si la faillite du locataire touche l'indemnité, le rapport entre le passif et l'actif est évidemment altéré, quoi qu'en

dise l'arrêt [1], et de plus, l'actif s'accroît d'une créance qui n'a jamais pu y tomber légitimement; car cette créance ne peut être qu'une restitution, un remboursement.

Cette objection donc du propriétaire ne nous semble pas détruite; mais si elle tend à nier le droit de la faillite, elle ne prouve nullement le droit privatif du propriétaire.

En définitive, nous croyons que c'est avec juste raison qu'on a rejeté la prétention du propriétaire, car il est impossible, malgré de nombreux essais, de l'établir sur aucun texte et de l'appuyer sur aucun principe.

Nous devons terminer cette réfutation en indiquant l'argument décisif, suivant nous, et sans réplique, qui suffirait à trancher la controverse, et qui aurait dû même l'empêcher de naître.

Les assurances terrestres sont récentes encore; mais les assurances maritimes fonctionnent depuis longtemps : elles ont une jurisprudence bien plus ancienne, et une doctrine bien plus complète et bien plus sûre.

Or la réassurance présente une espèce parfaitement identique à la nôtre, et sur la solution de laquelle tout le monde est d'accord, même les partisans les plus obstinés de la théorie que nous combattons. Un assureur se fait réassurer; il tombe en faillite, le navire fait naufrage; l'armateur n'a pas d'action directe contre l'assureur, ni de droit de préférence sur l'indemnité : il ne peut agir que contre la faillite.

Cette décision n'est contestée par personne, et on la trouve déjà dans Émérigon (t. I, chap. VIII, sect. 14); or, nous le demandons, y a-t-il un seul argument du propriétaire qui n'appartienne à l'armateur assuré? Il est rare, dans une controverse, d'avoir la fortune de trouver une solution plus sûre dans un cas si absolument semblable.

SECTION II.

Nature et limite de l'obligation de l'assureur du risque locatif.

Les principes se refusent donc énergiquement à laisser admettre aucun droit de préférence au profit du propriétaire.

D'un autre côté, ni l'esprit ni la conscience ne se satisfont

[1] Le rapport géométrique des deux nombres se trouve nécessairement altéré lorsqu'on ajoute à chacun de ces nombres une quantité égale.

d'une solution qui enrichit les créanciers par le moyen d'une assurance.

C'est un système intermédiaire qui seul, par l'application rigoureuse des vrais principes de ce contrat, nous paraît pouvoir concilier les droits de tous, et faire cesser ce conflit où le propriétaire et la masse ont un peu raison l'un contre l'autre ; c'est au profit d'une troisième partie que la difficulté doit se résoudre.

Un jurisconsulte anglais, Marshall, a défini avec une très-heureuse concision le contrat d'assurance en l'appelant *un contrat d'indemnité :* il n'y a pas de définition plus exacte ni plus lumineuse.

L'assureur s'engage à rendre l'assuré *indemne.* Or le risque locatif, ce n'est pas l'incendie, qui peut éclater sans que la responsabilité du locataire soit compromise; c'est l'action du propriétaire. L'assureur n'est donc tenu qu'à désintéresser le propriétaire, ou, pour mieux dire, qu'à rapporter à l'assuré un *quitus* du propriétaire.

En conséquence, son obligation est une obligation de *faire*, pouvant se résoudre, au cas d'inexécution, en une somme d'argent. Ainsi l'assuré, en assignant son assureur, n'a pas le droit de demander directement une somme d'argent; il doit, dans la rigueur du droit, conclure ainsi contre l'assureur : *s'entendre condamner à rapporter la décharge du propriétaire; sinon et faute par lui de ce faire, s'entendre condamner à payer la somme de.....* De sorte que la somme d'argent est seulement *in facultate solutionis.*

Or, s'il en est ainsi, l'assureur peut et doit se mettre en rapport avec le propriétaire : c'est même l'exécution directe de son obligation, tandis que le versement d'une somme au locataire n'est qu'une exécution *par équivalent.*

Si donc un procès est sur le point de surgir, s'il est contesté que le locataire soit responsable, l'assureur aura parfaitement le droit de prévenir le litige en traitant avec le propriétaire; il fera une transaction, payera une certaine somme à forfait, et à ce prix obtiendra son désistement de tous ses droits contre le locataire. A coup sûr, il aura satisfait à toutes ses obligations envers l'assuré rendu *indemne.*

Si le locataire est en faillite, les choses devront encore se passer de la même manière. Le propriétaire n'a pas d'action

directe contre l'assureur, ainsi que nous l'avons dit; mais il peut s'entendre avec lui pour libérer le locataire, et il a d'autant plus d'intérêt à un arrangement que la faillite ne peut lui offrir qu'un dividende.

D'un autre côté, cette transaction offrira à l'assureur l'avantage de ne pas payer l'intégralité de l'indemnité qu'aurait exigée le locataire; car le propriétaire qui peut être forcé de se contenter de 50 pour 100 à prendre dans la faillite, sera fort disposé à faire des concessions.

L'intérêt du propriétaire et celui de l'assureur les convient donc instamment à une transaction.

Mais la faillite pourra-t-elle se plaindre de cet accord?

Constatons d'abord qu'elle n'en éprouvera aucun préjudice.

Supposons en effet, pour plus de simplicité, que l'incendie éclate au cours de la faillite. Le propriétaire acquiert une action qui empirerait la situation de la masse; mais l'assureur éteint cette action, et les choses restent dans le plus parfait *statu quo*.

Mais, dira-t-on, l'indemnité, d'après la jurisprudence, devait tomber dans la caisse de la faillite; votre combinaison va donc fruster les créanciers.

L'objection est un cercle vicieux; d'ailleurs les créanciers ne sont pas frustrés; on les empêche seulement de réaliser un gain injuste, et on ne leur enlève pas un centime de leur patrimoine; on ne les frustre que du bénéfice d'une jurisprudence nouvelle et souverainement injuste *parte in qua*.

Pour détruire complétement cette critique tendant à attribuer à l'arrangement le caractère d'un contrat faisant fraude aux droits des créanciers, nous devons dire que non-seulement nous permettrions le règlement amiable entre le propriétaire, mais que bien plus, l'assureur, s'il ne s'entend pas avec le propriétaire, et s'il est contraint de payer à la masse, ne devrait verser qu'une partie de l'indemnité due au propriétaire; cette fraction devrait être calculée de telle sorte que les effets de l'incendie soient *complétement*, mais *simplement* réparés par rapport à la masse. En conséquence, s'il en doit être ainsi, les créanciers n'auront pas le droit de se prétendre victimes de l'entente du propriétaire avec l'assureur.

Mais il faut justifier notre dernière proposition.

Nous avons dit et démontré, d'une part, que l'indemnité n'appartient pas au propriétaire, et de l'autre, que l'assurance doit

seulement rendre l'assuré ou ses représentants *indemnes*, sans pouvoir les enrichir; il est donc manifeste que si la faillite, qui ne paye que des dividendes, reçoit l'intégralité de l'indemnité, l'assurance lui procurerait un lucre, ce que nous ne pouvons admettre.

La faillite n'a droit qu'à se faire remettre ce que lui coûtera l'incendie : voilà la vraie formule. L'assureur s'est engagé à supprimer au profit de l'assuré la responsabilité des articles 1732 et 1734. Que devra-t-il payer? Une fraction, mais laquelle?

Des exemples vont mettre en lumière non-seulement l'équité, mais la nécessité de cette solution, en même temps qu'ils nous indiqueront la fraction cherchée.

Supposons d'abord qu'il n'y ait pas d'assurance du risque locatif, et que le failli obtienne un concordat avec remise de 90 pour 100; le propriétaire, créancier par hypothèse de 100,000 francs pour la valeur de la maison incendiée, n'aura droit qu'à un dividende de 10,000 francs, contre le versement duquel il donnera quittance définitive et pour solde.

Moyennant 10,000 francs, le locataire a donc obtenu la décharge de sa responsabilité locative.

Maintenant, dans la même hypothèse, introduisons une assurance du risque locatif : le passif, en comptant la créance du propriétaire, est de 200,000 francs; l'actif, en comptant l'indemnité, est de 120,000 francs; si vous procédez à la distribution du tout entre tous sans distinction, le dividende des créanciers sera porté de 10 pour 100 (chiffres de l'espèce précédente) à 60 pour 100, grâce à l'indemnité. Ce ne serait ni juste ni juridique.

Nous voulons seulement, mais nous voulons absolument que l'assureur fasse que l'incendie soit, pour ainsi dire, *non avenu;* or nous arrivons à ce résultat en procédant de la façon suivante. Faisons abstraction, au passif de la faillite, de la créance du propriétaire, et à l'actif, de l'indemnité; le passif est de 100,000 francs, l'actif de 20,000 francs, le dividende de 20 pour 100; le propriétaire se fera payer 20 pour 100, soit 20,000 francs par l'assureur, et donnera quittance définitive; et les créanciers se partageront (sans admettre le propriétaire à la distribution) le patrimoine vrai de leur débiteur, dont ils tireront 20 pour 100,

Voici la justification de cette répartition : le propriétaire est créancier, il va se faire admettre au passif; il obtiendra 10 pour 100, soit 10,000 francs; mais alors les créanciers s'adresseront à l'assureur, et lui diront : Vous devez nous tenir indemnes du risque locatif; il nous coûte 10,000 francs : il faut nous le rembourser. Et l'assureur devra les payer.

Mais ces 10,000 francs vont donner lieu à une nouvelle distribution, où le propriétaire obtiendra 5,000 francs; c'est donc encore 5,000 francs de perte causée à la masse par le risque locatif. L'assureur versera 5,000 francs encore.

Ces 5,000 francs devront être de nouveau partagés, et ainsi de suite; les sommes à payer à l'assureur seront donc : 10,000 francs, 5,000 francs, 2,500 francs, 1,250 francs, 625 francs, 312 fr. 25 centimes, etc, etc.

C'est une progression descendante allant à l'infini, dont le premier terme est le premier dividende touché par le propriétaire, soit 10,000 francs, et dont *la raison* est le rapport de la créance du propriétaire à la somme totale du passif, soit moitié; la somme des termes a pour *limite*, dans l'espèce, 20,000 francs, c'est-à-dire la somme même que nous a donnée notre calcul plus simple.

Le propriétaire donnera quittance, car c'est là la seule chose que puisse exiger le locataire : le propriétaire aura profité de l'assurance, car son dividende a été plus fort; quant à la masse, le sinistre aura été pour elle *comme s'il n'existait pas*. Il n'y aurait pas eu d'incendie que la répartition eût été la même. Tout est donc concilié : le préjudice causé a été exactement réparé; ce que la responsabilité locative a retiré de la masse y a été rapporté par l'assureur; tous les effets de l'assurance ont été produits.

La règle sera donc : déterminer le dividende à donner par la faillite, sans tenir compte de la créance du propriétaire ni de l'indemnité; le dividende ainsi obtenu sera celui qui pourra seul être réclamé de l'assureur.

Cette somme sera aussi celle que le propriétaire demandera directement à l'assureur, lorsqu'ils voudront traiter à l'amiable; dans les deux cas le résultat sera le même, et jamais les créanciers n'auront donc le droit d'invoquer l'article 597 du Code de commerce.

Cette solution nous semble la seule qui soit vraiment con-

forme à tous les principes; mais elle peut être l'objet d'une critique.

On a reproché au propriétaire de vouloir s'adjuger le bénéfice d'un contrat où il n'a pas été partie; on peut blâmer la décision consacrée par la Cour suprême, en ce que les créanciers profitent d'un sinistre; de même, notre solution soulèvera une objection : l'assureur trouvera une occasion de lucre dans la circonstance qu'il y a faillite; n'est-ce pas une injustice au moins égale?

Nous ne le pensons pas; pour l'assureur, le contrat est essentiellement aléatoire : la somme qu'il est exposé à payer est incertaine, et fixée seulement quant à son *maximum;* il pourra, si l'incendie n'est que partiel, ne devoir qu'une partie de la somme; son obligation, non-seulement quant à sa mesure, mais encore quant à sa naissance, dépend d'un événement futur et incertain. Ainsi, même lorsque l'incendie a éclaté, l'assureur peut encore n'avoir rien à débourser, si le locataire justifie qu'il n'est pas en faute. L'assureur profitera donc de ce que son assuré est dans un cas d'excuse légale; il est tout naturel qu'il profite également de ce que l'assuré se libère en monnaie de faillite. La faillite est, comme les autres cas fortuits, une des chances favorables comprises dans les probabilités de l'assurance du risque locatif.

D'ailleurs, il en faut toujours revenir à cette vérité que l'assureur doit, mais doit seulement la réparation du préjudice: tous les faits qui suppriment ou atténuent le préjudice, profitent nécessairement à celui qui n'a qu'une obligation de rendre *indemne.*

Nous devons ajouter une observation pratique.

L'arrangement direct entre le propriétaire et l'assureur nous paraît préférable. En effet, il est souvent impossible de savoir *hic et nunc* quel dividende donnera une faillite, et alors le syndic serait assez empêché pour déterminer la somme à exiger de l'assureur; le règlement serait également difficile lorsqu'il y a simple déconfiture, et enfin, en cas de concordat, la possibilité de la réhabilitation moyennant payement intégral peut créer quelque embarras : on pourrait toutefois exiger de l'assureur des sûretés pour le complément de l'indemnité qui pourrait être exigée, le cas échéant.

Toutes ces difficultés disparaissent par l'exécution directe

du contrat, c'est-à-dire le *quitus* du propriétaire rapporté par l'assureur.

Il serait prudent toutefois, nous devons le dire, que l'assureur et le propriétaire obtinssent l'adhésion du locataire ou de ses représentants; sinon il faudrait les assigner pour voir déclarer que l'assureur a accompli son obligation en leur rapportant la main levée du propriétaire. Cette précaution nous paraît utile jusqu'au moment où les tribunaux admettront couramment une solution que rend nécessaire le nouvel arrêt de la Cour de cassation.

En terminant, disons que cette solution n'est pas entièrement nouvelle. Émérigon (*loco citato*) nous apprend qu'elle avait été proposée par un réassureur qui ne voulait payer à la faillite de l'assureur que le dividende même par elle offert à ses créanciers. Il est vrai qu'il fut condamné à payer l'entière indemnité, et même le savant et classique auteur des assurances ne daigne pas combattre ce système, dont il mentionne seulement le rejet.

Nous espérons que cet article sera plus heureux; si notre solution n'est pas admise, du moins elle est assez importante, et nous la croyons assez sérieuse pour mériter d'être discutée : l'arrêt de rejet crée une situation nouvelle digne d'être examinée, et sur laquelle nous avons cru opportun d'appeler l'attention des jurisconsultes et des compagnies d'assurances.

L. PHILBERT.

BIBLIOGRAPHIE.

COURS DE DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Par M. F. LAFERRIÈRE, membre de l'Institut, inspecteur général des Facultés de droit, 5e édition suivie d'un *Appendice contenant le Programme d'examen du droit administratif et son explication*, par un membre de la Faculté de droit de Paris (M. BATBIE), 2 vol. in-8°, 1860. — Paris, Cotillon, éditeur.

Compte rendu par M. SERRIGNY,
professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

Cet ouvrage, perfectionné par cinq éditions successives, et apprécié à l'étranger comme en France, semble arrivé à sa forme dernière. Conçu dans un but élevé de théorie et de pratique, il s'adresse, non-seulement aux écoles de droit, au barreau, à l'administration, mais aux publicistes et à ceux qui veulent connaître les droits et les devoirs des citoyens dans la sphère des institutions et des libertés publiques, les droits et les devoirs des pouvoirs politiques et administratifs dans leurs rapports avec les citoyens et la société. L'auteur, esprit souple et étendu, orné de connaissances variées, s'élève sans efforts aux plus hautes théories du droit philosophique, et descend dans les plus humbles détails de l'administration et de la statistique. Fidèle à sa devise que — « Plus on diminue le nombre des « principes d'une science, plus on leur donne d'étendue, » — il a condensé en deux volumes des matières qui, plus développées, suffiraient pour remplir une dizaine de tomes.

Droit public philosophique, droit public constitutionnel, ecclésiastique et international, droit administratif : — tel est l'ordre naturel des idées qui marquent ler grandes divisions de cet ouvrage. Chaque matière est précédée de notions historiques dont les matériaux étaient fournis à l'auteur par son *Histoire du droit français* et par ses études sur l'esprit des institutions politiques, administratives et judiciaires, depuis le XIVe siècle jusqu'à 1789, qui doivent former le tome VII de ce grand ouvrage. Elle est accompagnée de notions statistiques, puisées aux sources officielles, qui font connaître les ressources

et les richesses de la France. Un *index* des ouvrages publiés soit en France, soit à l'étranger, sur chacune des matières dont s'occupe l'auteur, permet à ceux qui pourraient désirer plus de développements sur certains points de compléter leurs études en recourant aux livres indiqués.

Comme base de la philosophie du droit politique, M. Laferrière admet cette vérité qui a trouvé tant de contradicteurs dans le XVIIIe siècle, mais qui n'en rencontre plus guère aujourd'hui : — que la société est l'état naturel de l'homme. C'est pour avoir méconnu cette vérité si simple et si féconde que nos pères ont été jetés dans des écarts qui ont obscurci les grandes conquêtes faites par eux dans l'ordre moral et politique. Sa conclusion sur ce point est que « l'homme individuel et social, l'homme né « libre, intelligent, religieux, perfectible, trouvera une organi- « sation conforme à sa propre nature dans une institution qui « prendra pour base du droit public français les grands prin- « cipes de 1789 et les garanties du gouvernement représentatif. » (T. I, p. 38.)

Dans le droit constitutionnel, bien que dévoué au principe d'autorité, il ne lui sacrifie point les droits individuels qu'i reconnaît et proclame sans cesse, ainsi que l'on peut s'en convaincre par les passages suivants : — « Le vœu de 1789 et la reconnaissance des grands principes proclamés à cette époque ne seront complétement réalisés que lorsque la liberté politique, qui comprend la liberté de la presse périodique dans son exercice légitime, sera garantie en France comme la liberté civile. » (T. I, p. 53.) Voici l'énumération, donnée par l'auteur, des droits individuels tacitement ou expressément reconnus par la Constitution nouvelle : « 1° La liberté de sa personne, qui ne peut désormais être esclave sur aucune terre française, ce qui comprend la sûreté individuelle et la liberté civile; — 2° l'inviolabilité du domicile de toute personne habitant le territoire français; — 3° la liberté de religion; — 4° la liberté d'imprimer et de publier ses opinions; — 5° la liberté d'enseignement; — 6° l'égale admissibilité aux emplois publics; — 7° la liberté du travail et de l'industrie; — 8° la liberté et l'inviolabilité des propriétés; — 9° le droit de pétition, de réunion et d'association; — 10° le droit à la juridiction des juges naturels. » (T. 1, p. 57.)

L'auteur explique l'organisation du gouvernement français,

les attributions et les rapports des pouvoirs publics d'après la Constitution de 1852. Tout en reconnaissant les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, dont il développe le mécanisme, il en ajoute un quatrième, le pouvoir spirituel, ou plutôt il admet une division qui, fondamentale dans l'ancien droit public, tel que l'enseignaient Domat et tous les jurisconsultes, a été totalement omise dans les livres des publicistes modernes : c'est la division du pouvoir en puissance *temporelle* et puissance *spirituelle*. A l'appui de cette opinion, il invoque le concordat de l'an IX et la loi organique des cultes du 18 germinal an X. Or qu'est-ce qu'un concordat, sinon un traité, une transaction entre le pouvoir politique et le pouvoir spirituel? Quel fut l'objet que se proposèrent Bonaparte et Portalis dans le concordat et la loi de l'an X, sinon de déterminer les relations de l'État avec le souverain pontife, et les divers rapports du pouvoir spirituel avec le pouvoir temporel? C'est donc une des bases nécessaires de notre droit public positif, et l'ancienne division du pouvoir politique ou temporel et du pouvoir spirituel doit être adoptée sous l'empire du droit nouveau. (T. I, p. 83.)

Je demanderai à M. Laferrière la permission de lui exposer en peu de mots les motifs qui, depuis longtemps, m'ont déterminé à exprimer une opinion contraire, et, avec la parfaite tolérance qui le caractérise, il ne s'offensera pas de cette dissidence. Lorsque la religion catholique était la seule admise en France, où elle formait un ordre capable d'acquérir et de posséder, occupant le premier rang dans les états généraux, possédant une grande partie du territoire national, ayant des tribunaux sous le nom d'officialités, près desquelles il y avait plus de procureurs que près des tribunaux civils [1], on conçoit que la religion fut un pouvoir politique dans l'État. Mais aujourd'hui que nos lois reconnaissent et salarient, dans la France continentale, trois cultes mis sur un pied d'égalité parfaite, où sera le *pouvoir* religieux? Sera-t-il tripartite : catholique, protestant, israélite? S'il est un, ce ne sera plus le *pouvoir religieux in abstracto*, ce sera le *pouvoir catholique*, ce qui serait bien différent. Qu'est-ce que le concordat de 1801? Une convention entre la France et

[1] Avant l'ordonnance de Villers-Cotterets (août 1539), il y avait plus de trente procureurs en l'officialité de Sens, tous bien employés, et il n'y en avait que cinq ou six au bailliage, bien que ce fût un des quatre grands bailliages de France. Loiseau, *Des seigneuries*, chap. 15, n° 87.

le chef d'une congrégation religieuse, par laquelle cette religion est reconnue en France à des conditions déterminées, conditions qui ont été développées par la loi de l'an X, qui a ratifié cette convention. Comme les autres cultes reconnus, soit en l'an X, soit postérieurement, n'avaient point de *supérieur unique*, avec qui le gouvernement français put traiter, mais étaient régis sous forme de congrégations à supérieurs multiples, la loi de l'an X et des actes postérieurs ont reconnu les cultes protestants et israélites sous une autre forme que la convention. Mais cela ne change rien à la théorie des pouvoirs constitutionnels, et il me semble que le catholicisme, le protestantisme et le judaïsme ne forment que des communautés religieuses plus ou moins nombreuses, mais non des pouvoirs *constitutionnels* dans l'État ou la nation française.

Toutefois, il est juste de reconnaître que la distinction du pouvoir *temporel* et du pouvoir *spirituel* a été admise de tout temps dans l'ordre du catholicisme, et qu'elle est représentée par les rapports de chaque état catholique avec le saint-siége ou le chef unique et spirituel de la catholicité.

En résumant l'esprit de notre constitution, M. Laferrière dit : « L'esprit de la constitution de 1852 est de rétablir en France le principe d'autorité. Ce principe n'exclut pas celui de la liberté, mais il prédomine : l'alliance du pouvoir et de la liberté reste le but de l'avenir. » (T. I, p. 126.) Il explique très-bien les grandes différences qui existent, au point de vue de la responsabilité, entre la monarchie constitutionnelle de la Charte et le gouvernement actuel. L'inviolabilité du roi, sous la dernière monarchie, tenait à la responsabilité *collective* des ministres. La responsabilité du chef de l'État dérive aujourd'hui de son action gouvernementale. Sous la monarchie constitutionnelle, on avait pu dire : *le roi règne et ne gouverne pas;* sous la constitution de 1852, *l'empereur règne et gouverne.* La responsabilité, en se resportant sur le chef de l'État, a détruit toute solidarité entre les ministres et toute solidarité restrictive. (T. I, p. 129.) Nulle part, à ma connaissance, le mécanisme de notre constitution n'est aussi complétement et aussi clairement expliqué que dans le *Cours de droit public et administratif.*

En s'occupant du Conseil d'État au point de vue constitutionnel, et comme un des grands corps des pouvoirs publics, l'auteur, selon sa bonne habitude, fait l'historique de l'ancien

Conseil d'État et du Grand Conseil. Bien qu'en général ses notions historiques m'inspirent la plus grande confiance, il y a ici un point sur lequel je lui demanderai encore la permission de m'écarter de son sentiment; c'est au sujet du rôle que jouait le Grand Conseil sous notre ancienne monarchie. Selon lui, « le Grand Conseil (appelé aussi *Conseil privé, Conseil des parties*, à cause des droits de juridiction relatifs aux intérêts *privés* des *personnes*) exerça le droit de cassation sur les arrêts des parlements..... C'est pour améliorer la procédure devant le *Grand Conseil* que d'Aguesseau rédigea le célèbre règlement de 1738. »

Si je ne me trompe, voici ce qu'étaient le Grand Conseil et le Conseil d'État sous notre ancienne monarchie. Avant 1497, ces deux dénominations comprenaient un corps unique : on l'appelait *Conseil d'Etat* lorsque ses membres ordinaires délibéraient seuls; on l'appelait *Grand Conseil* lorsqu'on y appelait des personnes étrangères au service ordinaire, de même qu'aujourd'hui nous avons des conseillers d'État *hors sections* ou que, avant février 1848, nous avions des conseillers d'État *en service extraordinaire*, pouvant être admis dans les *assemblées générales* du Conseil d'État. En 1497, il s'opéra un démembrement de l'ancien Conseil du roi, et le Grand Conseil en sortit comme une institution propre et distincte, qui eut, plus tard, un premier président, des présidents de chambre, des conseillers, un procureur général, un greffier en chef. Le Conseil d'État du roi continua de subsister, et ce fut l'une des sections de ce Conseil, désignée sous le nom de *Conseil privé des parties*, qui fit l'office de Cour de cassation jusqu'à la révolution de 1789[1]. Le Grand Conseil eut, dans le cours du XVIIIe siècle, des démêlés fréquents avec le parlement de Paris, démêlés qui jouent un grand rôle dans les *Mémoires* si intéressants de l'avocat Barbier.

Le Droit administratif occupe naturellement la plus grande place de l'ouvrage de M. Laferrière. Il le traite à un point de

[1] V. Répertoire de Merlin, v^ts *Conseil du roi*, §§ 1 et 6. — Pardessus, *Mémoire sur l'organisation judiciaire*, t. XXI des *Ordonnances du Louvre*, p. 69 et suiv. — Discours de M. de Royer, procureur général à la Cour de cassation, du 3 novembre 1854; dans le *Moniteur* des 4 et 5 *id.*, p. 1219, col. 4 et 5.

V. cependant le Règlement de juin 1738, Ire partie, titre 6, qui paraît confirmer l'opinion de M. Laferrière sur le sens du mot *Grand Conseil*.

(*Note de la Direction de la* Revue.)

vue très-large et très-élevé. Cette vaste matière est divisée en trois livres : *Administration générale; Administration des départements et des communes; Justice administrative.* Il est impossible de suivre l'auteur dans le détail de ces matières, ce serait se livrer à un *précis* de droit administratif qui serait ici déplacé. Il s'y montre, comme dans le droit public, ami d'une sage liberté, témoin le passage suivant, qui termine l'exposé de la législation sur la presse : « Telle est la situation que les circonstances politiques ont faite de nos jours à la presse périodique; mais la liberté de la presse fait partie de la liberté politique, comprise dans les grands principes de 89 dont la sanction est inscrite en tête de la constitution actuelle; et l'on doit regarder la législation présente, sur la presse, comme rendue à raison des circonstances, *pro tempore*, et comme marquée d'un caractère transitoire. La presse périodique déclarée libre en 1789, organisée en 1819 comme la sauvegarde des autres libertés, expie de nos jours les excès de 1848. L'usage a souffert de l'abus. Mais l'esprit de la loi de 1819 est trop en rapport avec le véritable esprit du gouvernement représentatif pour que l'usage, selon cette loi, ne vienne pas un jour se replacer sur la base désormais affermie du gouvernement français. » (T. I, p. 471.) Voilà un vœu auquel je m'associe de grand cœur.

Dans le nombre des parties remarquables et intéressantes, je citerai ce qui concerne l'administration générale de l'instruction publique, les autorités préposées à l'enseignement et les droits appartenant encore à l'Université comme personne civile. En ce qui concerne les attributions du Conseil impérial de l'instruction publique, les changements considérables apportés au régime du personnel enseignant depuis 1852 ont introduit de l'obscurité sur les attributions de ce conseil, combinées avec celles des conseils académiques et du ministre de l'instruction publique. Personne autre que l'auteur du *Cours de droit public et administratif* n'était en meilleure position pour résoudre toutes ces difficultés, soit à raison de ses connaissances théoriques, soit surtout à cause de sa qualité de membre de ce conseil : aussi a-t-il rendu un véritable service à la science en élucidant ce point devenu obscur dans notre législation.

Bref, pour se faire une idée de l'immensité des matières traitées dans cet ouvrage, il suffit de jeter les yeux sur les tables qui l'accompagnent, et l'on verra qu'aucune des parties qui

composent la science créée de nos jours, sous le nom de *Droit administratif*, n'y est oubliée. En disant *science créée de nos jours*, je n'entends point prétendre que l'administration n'ait pas eu de grands développements avant nos temps modernes : l'empire romain est un sujet d'études inépuisables sous ce rapport ; mais, comme le remarque justement M. Laferrière, ce n'est que tout récemment que l'on a recherché et combiné les faits et les théories sur cette matière, pour en déduire une *science du droit administratif* parallèle à celle du *droit civil*, objet depuis si longtemps des études des jurisconsultes. Il s'est opéré, sous ce rapport, un phénomène analogue à celui que nous avons vu réalisé dans les sciences physiques ; le développement de la civilisation a introduit dans ces branches des connaissances humaines une division du travail, comme il s'en est opéré dans l'industrie ; et l'auteur du *Cours de droit public et administratif* a concouru, pour une portion notable, à la création de la spécialité, si intéressante aujourd'hui, du droit administratif, que la France vulgarise en Europe, comme elle est appelée, par son esprit d'initiation, à vulgariser tout ce à quoi elle s'applique.

Une heureuse innovation a été introduite dans la cinquième édition de l'ouvrage dont je m'occupe, c'est la publication d'un *Précis de droit administratif relatif à l'explication du programme d'examen*, par M. Batbie, professeur suppléant à la Faculté de droit de Paris. Ce *Précis*, en forme d'*appendice*, qui ne contient pas plus de deux cent cinquante pages, renferme tout ce qu'il est nécessaire de savoir pour soutenir un très-bon examen sur le droit administratif, et, pour mon compte personnel, je n'hésiterais point à donner une boule blanche à tout élève qui posséderait parfaitement tout ce qui s'y trouve. Le style en est clair, net, concis, et n'offre rien de la sécheresse d'un *manuel*. On est étonné de toutes les connaissances que suppose la rédaction d'un pareil travail, quand on sait que, pour abréger, il faut savoir beaucoup. On a dit de Tacite qu'il abrégeait tout, parce qu'il voyait tout[1] ; on peut dire de M. Batbie qu'il a abrégé tous les points de droit administratif qu'il a traités, parce qu'il les savait tous. Au reste, cet étonnement qu'inspire un pareil travail, émané d'un homme qui n'est point consacré spécialement au droit administratif, doit cesser pour

[1] *Esprit des lois*, livre XXX, chap. 2.

ceux qui savent que l'auteur fut reçu au concours comme auditeur du Conseil d'État, et pour ceux qui connaissent sa capacité, dont il vient de donner une preuve récente en devenant lauréat de l'Académie des sciences morales et politiques par son Mémoire sur l'*éloge de Turgot*.

Le *Précis* de M. Batbie complète parfaitement le *Cours* de M. Laferrière. Ceux qui ne veulent acquérir que des connaissances promptes et sommaires du droit administratif, peuvent se borner à l'étude de l'*appendice*; les lecteurs qui recherchent des connaissances plus approfondies devront étudier le *Cours*. Il arrivera bien rarement, si ce cas se présente jamais, que l'étude de l'un n'inspire pas le désir d'étudier l'autre.

Ce qui prouve l'indépendance d'esprit des deux auteurs, c'est qu'il n'est pas rare de les voir en dissentiment d'opinion sur certains points. J'en citerai deux exemples : 1° Quant à l'autorisation des communes à l'effet de se pourvoir en cassation, M. Laferrière enseigne que cette autorisation est nécessaire (V. t. II, p. 424); M. Batbie la considère comme inutile (V. *ibid.*, p. 709, note 5). 2° Quant à l'établissement des octrois, M. Laferrière dit que dans le cas où le conseil municipal, appelé à émettre son vœu, se refuserait à l'établissement de l'octroi, un décret pourrait l'imposer d'office (t. II, p. 95); M. Batbie dit, au contraire, que l'initiative doit partir de l'autorité locale, et que le gouvernement ne pourrait pas imposer cette taxe à une commune, même quand il serait démontré que ses revenus sont insuffisants (t. II, p. 803). Ces dissentiments ne me paraissent offrir aucun inconvénient; ils prouvent le bon esprit des deux auteurs, et avertissent le lecteur des difficultés de la matière en lui offrant une occasion d'exercer sa sagacité dans le choix des opinions. On sait d'ailleurs, comme le dit Montaigne, que l'homme est un animal ondoyant et divers; et il n'est pas étonnant que les différences qui se rencontrent souvent en chacun de nous, à des intervalles éloignés ou rapprochés, se retrouvent à plus forte raison entre deux esprits distingués.

> Scimus, et hanc veniam petimusque damusque vicissim.
>
> HOR., *De Arte post.*

Quant aux principes généraux et aux points essentiels, le *Précis* résume fidèlement le *Cours* et y renvoie par de fréquentes indications.

Je signale à M. Batbie, l'auteur du *Précis* en *appendice*, la différence qui existe entre les notes des pages 823 et 856 (note 2). Il est évident que la pensée de l'auteur du *Précis* est exacte et complète dans son expression, selon la seconde note où il est dit que l'*autorité administrative* est seule compétente pour connaître des demandes tendant à faire déclarer l'État débiteur lorsque l'État a traité comme puissance publique; mais qu'il y a erreur dans la première note, page 823, par l'inversion du mot *autorité judiciaire* mis à la place du mot *autorité administrative*. Le lecteur attentif corrigera de lui-même cette inadvertance de l'impression en combinant les deux passages; et je relève ici, seulement pour l'acquit de ma conscience de lecteur, cet *erratum* qui s'est glissé dans l'une des deux notes, mais non dans le texte de l'ouvrage ou du *Précis*.

Il ne me reste plus qu'à appeler l'attention du lecteur sur une question de l'ordre le plus élevé, comme sait les poser M. Laferrière. On sait qu'aux termes de l'article 29 de notre constitution actuelle, le Sénat a le droit d'annuler tous les actes qui lui sont dénoncés comme inconstitutionnels. Cet article est-il applicable à une décision du Conseil d'État en matière contentieuse, devenue inattaquable par les voies de recours ordinaires? Sur cette question, l'auteur du *Cours* pense que le Sénat a droit d'annuler *dans l'intérêt de la loi*, et sans porter atteinte aux droits des parties intéressées, comme le fait la Cour de cassation lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi d'office par le procureur général sur l'ordre du ministre de la justice. (Voy. t. I, page 121.) Sur la même question, M. Batbie nous apprend que le Sénat a été saisi d'une pétition de ce genre, et qu'il a nommé une commission pour l'examiner, ce qui impliquait qu'il était compétent pour connaître au fond de l'affaire et statuer sur le maintien ou l'annulation. Mais, dit-il, cette commission n'a pas fait son rapport, et on paraît décidé à laisser dormir l'affaire pour éviter la difficulté. (Voy. t. II, p. 640, note 5.) On doit regretter cette absence de solution à un double point de vue : 1° il est toujours fâcheux qu'un grand corps constitutionnel n'use pas de ses prérogatives, surtout quand il s'agit du droit de pétition, qui est l'*ultimum præsidium* des citoyens dans l'état de choses qui nous régit; 2° il en serait résulté l'établis-

sement d'un point considérable de jurisprudence en matière de droit public.

En résumé, je pense que le *Cours* et le *Précis* doivent devenir le *vade mecum* des étudiants de nos Facultés de droit, outre les services qu'ils peuvent rendre à tous ceux qui se donneront le plaisir de les lire. SERRIGNY.

MANUEL DE DROIT COMMERCIAL,

Par M. Bravard-Veyrières, professeur de droit commercial à la Faculté de Paris. — 6e édition. 1 fort vol. in-8. Paris, Cotillon, éditeur.

Compte rendu par M. L. Tripier, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

La conception de ce livre est éminemment claire et lumineuse. L'auteur, après un exposé succinct mais très-exact de l'histoire de la législation commerciale, aborde successivement chacun des titres du Code de commerce. Dans le plan qu'il s'est tracé et qu'il a suivi sans déviation, il a su éviter à la fois la confusion d'une synthèse mal digérée et l'aridité de ces analyses sans vie où se complaisent tant de commentateurs amoureux des détails, véritables anatomistes du droit.

M. Bravard-Veyrières ne pouvait pas s'affranchir de l'ordre général qui lui était imposé par les grandes divisions du Code de commerce lui-même; mais, cet ordre adopté, la division intérieure de son travail sur chaque titre lui appartient en propre, et cette distribution, essentiellement rationnelle, la voici : *exposé doctrinal, formules, textes.*

L'exposé contient le développement des principes fondamentaux et des conséquences qui en découlent. L'auteur rattache toutes ses décisions, d'une part aux faits primordiaux et aux précédents juridiques; d'autre part, aux textes législatifs, en même temps que, pour assurer sa marche, il s'appuie avec discernement sur la jurisprudence. Présentées sous une forme vive et attachante, habilement mises en œuvre et fondues ensemble avec l'art propre à un écrivain exercé, ces données forment un tout homogène qui satisfait pleinement l'esprit.

Nous ne pouvons résister au désir de montrer ici, par un exemple saillant, comment M. Bravard-Veyrières sait discuter et éclaircir les questions de principe. Certes, il n'en est guère de plus importante et de plus controversée que celle de savoir si les sociétés, même simplement civiles, forment des personnes juridiques. En effet, si l'on dénie à la société le caractère de personne, il en résultera que les créanciers particuliers de chaque associé pourront concourir sur le fonds social avec les créanciers de la société; tandis que si on lui reconnaît ce caractère, il s'ensuivra que le fonds social appartenant exclusivement à l'être social sera le gage spécial de ses créanciers, et par suite que les créanciers particuliers des associés ne pourront jamais concourir avec les créanciers sociaux.

Sur cette question de la personnalité des sociétés civiles, qui se lie si intimement à celle de la personnalité des associations en participation, M. Bravard-Veyrières, après avoir mis en parallèle les deux systèmes opposés, et résumé nettement les arguments qu'on fait valoir en faveur de l'un et de l'autre, continue en ces termes :

« Quant à moi, s'il faut dire mon avis, je crois que, malgré la rédaction défectueuse de quelques articles du Code Napoléon, c'est, en définitive, le système de la personnalité des sociétés qui a pris place dans notre législation. Je me fonde sur un texte de ce Code, qui jusqu'à présent, je ne sais pourquoi, a passé pour ainsi dire inaperçu, sur l'article 1860, ainsi conçu :

« *L'associé* qui n'est pas administrateur *ne peut aliéner ni engager les choses* même mobilières *qui dépendent de la société.* » Il ne peut, comme on voit, aliéner ni engager ces choses en aucune façon; et c'est ce que n'admettait pas Pothier, qui, conséquent avec lui-même (car il ne reconnaissait pas le principe de la personnalité des sociétés), et d'accord en cela avec les jurisconsultes romains, disait, n° 89 : « *Un associé ne peut aliéner ni engager les choses dépendantes de la société*, SI CE N'EST POUR LA PART QU'IL Y A. » Aujourd'hui, d'après l'article 1860, il ne le peut en aucune façon, pas même pour la part qu'il y a éventuellement; or, si à la dissolution de la société, les créanciers particuliers d'un associé avaient le droit de se faire payer sur la partie du fonds social afférente à l'associé leur débiteur, concurremment avec les créanciers sociaux, cet associé n'au-

rait-il pas fait précisément ce que lui défend l'article 1860, c'est-à-dire engagé, au moins pour sa part, à ses créanciers particuliers les choses dépendantes de la société?

« Les rédacteurs du Code Napoléon se sont donc écartés ici de la doctrine de Pothier, et ils ont par cela même consacré le principe, méconnu par Pothier, de la personnalité des sociétés; car si, tant que dure la société, un associé ne peut, directement ni indirectement, aliéner aucune portion du fonds social, engager ce fonds à aucun titre, quelle que soit la nature, mobilière ou immobilière, des objets qui le composent, il en résulte, et ce me semble assez clairement, que le fonds social est le gage des créanciers sociaux, et nullement celui des créanciers personnels des associés; qu'indépendant des associés considérés individuellement, il ne relève que d'une personne distincte de chacun d'eux, l'être juridique *société*.

« L'article 50, n° 2, du Code de procédure civile nous fournirait, au besoin, dans le même sens, un argument assez fort. En effet, dans son n° 2, cet article veut que le défendeur, en matière de société, soit cité en conciliation, tant que la société existe, devant le juge *du lieu où elle est établie*. Il ne peut évidemment s'agir là de sociétés de commerce, puisque aux termes de l'article 49, n° 4, du même Code, en matière commerciale les demandes sont dispensées du préliminaire de conciliation. Aussi cet article 50, dans son n° 2, a-t-il eu soin, ce qui était surabondant, d'expliquer qu'il entendait parler uniquement des sociétés *autres que celles de commerce*, c'est-à-dire des *sociétés civiles*. Il dispose donc qu'en matière de sociétés civiles le défendeur doit être cité en conciliation devant le juge du lieu où la société est établie; les sociétés civiles ont donc un siége, un domicile distinct de celui des associés : elles sont donc des *personnes juridiques*.

« Cet article suppose même qu'il s'agit, non-seulement d'une société civile, mais encore d'une société composée d'un très-petit nombre d'associés, qu'il n'y en a du moins pas plus de deux en cause comme défendeurs; car s'il y en avait davantage le préliminaire de conciliation ne serait pas nécessaire, puisque les demandes formées contre plus de deux parties, encore bien que celles-ci aient le même intérêt, sont dispensées de ce préliminaire par l'article 49, n° 6, du Code de procédure. Or, quand il n'y aura que deux associés compris dans la demande, comme

les intérêts sont collectifs en matière de société, la société ne se composera guère, en général, d'un plus grand nombre d'associés. Cet article décide donc que, n'y eût-il que deux associés, celui des deux qui serait défendeur devrait être cité en conciliation devant le juge, non pas de son domicile, mais du *lieu où la société serait établie;* et par cela même il reconnaît que les sociétés civiles, si restreint que puisse être le nombre des associés, ont un domicile à elles, une existence propre, forment, en un mot, des *individualités juridiques.*

« Enfin, il est bien difficile d'admettre que dans la généralité de ces termes, « les compagnies de finance, de commerce, *d'industrie,* « l'article 529 du Code Napoléon n'ait pas compris les sociétés civiles comme les sociétés commerciales, d'autant plus qu'il parle non-seulement des actions, mais encore des *intérêts,* qui se rencontrent tout aussi bien, et plus spécialement même, dans les sociétés civiles que dans les sociétés commerciales. »

Il était difficile, nous le croyons, de discuter cette grave question avec plus de force et de clarté que ne l'a fait M. Bravard-Veyrières, et les arguments qu'il fait valoir à l'appui de la solution qu'il adopte ne frappent pas moins par leur nouveauté que par leur justesse.

La partie du *Manuel* consacrée aux formules est de la plus évidente utilité. Donnant le modèle des actes dans lesquels les faits de chaque jour, avec leur infinie variété, viennent se traduire, et présentant la mise en action des prescriptions de la loi, cette partie a le précieux avantage d'allier intimement la pratique à la doctrine et de vivifier l'une par l'autre.

Quant aux textes, c'est une heureuse idée d'avoir, comme l'a fait M. Bravard, placé en regard des articles du Code de commerce ceux des ordonnances de 1673 et de 1681. Ce rapprochement de la loi ancienne et de la loi moderne fournit de précieux éléments de comparaison et d'appréciation, et permet d'embrasser, en quelque sorte d'un seul coup d'œil, deux époques essentiellement différentes par leurs institutions et leurs tendances, mais offrant néanmoins, quant au droit commercial, beaucoup plus d'affinités et d'analogies qu'on ne serait tenté au premier abord de le supposer. C'est ainsi que nous comprenons, quant à nous, qu'on fasse de nos jours de la législation comparée; c'est seulement ainsi qu'à notre sens cette étude compa-

rative peut contribuer au progrès de la science. Voilà pourquoi nous aussi, dans notre publication des Codes, nous avons donné au bas des pages du Code de commerce les articles des ordonnances de 1673 et de 1681, et indiqué leur corrélation avec les articles de ce Code, dont l'intelligence est par là, ce nous semble, singulièrement facilitée.

Enfin, l'auteur termine l'explication de chaque livre par une analyse sous forme interrogative, qui reproduit, en les décomposant et en les ramenant à leur expression la plus simple, toutes les dispositions des articles du Code.

Comme on le voit, ce cadre est large et complet.

L'étude d'un pareil livre ne peut être que très-profitable non-seulement à la jeunesse de nos écoles, mais encore à la classe si active et si intelligente de nos commerçants, et à tous ceux qui, étrangers soit à la connaissance du droit, soit à la pratique du commerce, peuvent avoir besoin de notions précises et nettes sur quelques points de la législation commerciale.

Ce n'est pas que le barreau et la magistrature n'y trouvent des éléments de solution pour les difficultés plus ou moins graves que le droit commercial présente. Au contraire, l'auteur y a indiqué et résolu beaucoup de difficultés; en même temps, il a eu le bon esprit de renfermer sa discussion dans les limites que lui traçait la forme même de son livre. Du reste, il ne s'est pas fait faute, surtout dans l'immense matière des faillites, où la loi de 1838 a fait entrer déjà plusieurs idées par lui émises, d'indiquer ce qu'il y aurait encore à faire pour donner à la législation le degré de perfection qu'on peut désirer.

Les abus des sociétés en commandite étant devenus de plus en plus frappants, on a dû chercher à y remédier. Il importait, en effet, que les spoliations si fréquentes d'actionnaires trahis par la gérance fussent réprimées. Assez de scandales avaient éclaté, assez de plaintes s'étaient fait entendre. Aujourd'hui les classes les plus pauvres placent leurs épargnes dans les compagnies de commerce ou d'industrie. Il fallait donc venir à leur secours et les protéger contre la fraude et l'agiotage. C'est là le but que s'est proposé la loi du 17 juillet 1856. Elle s'est efforcée de mettre la législation en harmonie avec les faits qui se sont produits et qui sont si différents de ce qui existait lorsque fut préparé et discuté, sous l'Empire, le Code de commerce. Il était impossible que M. Bravard-Veyrières ne portât

pas toute son attention sur une matière aussi grave. Ce que cette sixième édition de son *Manuel* contient à cet égard peut être considéré comme le dernier mot de la doctrine et de la jurisprudence.

Les autres matières du droit commercial, terrestre et maritime, sont expliquées dans le *Manuel* avec un soin non moins consciencieux; et, pour ne parler ici que de ce qui a un intérêt tout à fait actuel, nous dirons que M. Bravard-Veyrières fait ressortir avec évidence tout à la fois l'utilité des concordats par abandon, dont, à l'Assemblée législative, il avait fait l'objet d'une proposition accueillie avec faveur, et ce que la loi nouvelle sur ces concordats laisse à désirer. Il apprécie avec non moins de justesse la loi du 17 juillet 1856, qui supprime l'arbitrage forcé en matière de société, et résout avec non moins de sûreté les difficultés qu'elle peut faire naître.

On doit savoir un gré infini à l'auteur de la peine qu'il se donne pour perfectionner son ouvrage à chaque édition. Nous le répétons, les jurisconsultes et les magistrats le consulteront avec fruit; la spéculation et le commerce, qui aujourd'hui se mêlent à tout, pénètrent partout, y trouveront l'indication de ce que doit faire ou éviter quiconque, négociant ou non, a quelque acte de commerce à accomplir. Le succès du *Manuel de droit commercial* est pour M. Bravard Veyrières une juste récompense de ses travaux et du talent dont il fait preuve dans l'important enseignement qui lui est confié.

L. TRIPIER.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence sur l'attentat aux mœurs.

Par M. Faustin Hélie.

SOMMAIRE.

1. Modifications de la jurisprudence dans l'interprétation de l'article 334 du Code pénal depuis 1850.
2. Point de départ de ces modifications.
3. Éléments constitutifs du délit d'attentat aux mœurs.
4. Est-il nécessaire pour l'existence de l'habitude qu'il y ait plus d'une victime?
5. Est-il nécessaire que le proxénète soit en relation avec plusieurs séducteurs?
6. Les agents intermédiaires qui corrompent les mineurs sans proxénétisme peuvent-ils subir l'application de la loi pénale?
7. Les filles publiques peuvent-elles, dans certains cas, être rangées parmi ces agents intermédiaires?
8. Le séducteur peut-il être poursuivi comme complice du proxénète avec lequel il est en rapport?
9. Quelles sont les conditions légales de cette complicité?
10. Appréciation de la jurisprudence.

1. Il est peu de matières dans notre loi pénale qui aient donné lieu à plus de discussions et d'interprétations diverses que la matière des attentats aux mœurs. La jurisprudence s'est incessamment modifiée, tantôt soumettant au joug de la loi tous les faits de débauche qui semblaient appartenir à la famille des faits qu'elle a punis, tantôt reculant devant cet envahissement de l'interprétation et essayant de restreindre la peine au domaine que lui a fait la loi. Deux raisons peuvent être assignées à ces modifications successives : d'abord les termes un peu flexibles de l'article 334. Il est certains délits que le législateur ne peut définir avec précision et renfermer dans une formule rigoureuse. Il emploie des expressions générales pour embrasser toute une série d'actes que des nuances peuvent séparer les uns des autres. C'est ainsi qu'il procède dans l'article 405 quand il veut atteindre toutes les manœuvres frauduleuses qui peuvent constituer l'escroquerie. C'est ainsi qu'il a dû procéder encore lorsque, dans l'article 334, il a voulu incriminer les honteuses pratiques employées à la corruption

des mineurs. Il eût été, en effet, peut-être difficile de soumettre cette matière à une analyse exacte et de tracer une ligne nette entre des actes également immoraux, dont les uns doivent être punis et les autres tolérés. Mais on conçoit aisément que le législateur, en évitant un embarras, n'a fait que le rejeter sur le juge. Celui-ci se trouve nécessairement placé entre le désir d'atteindre tous les faits que la loi a voulu punir et la crainte d'aller au delà de ses prescriptions. Les formules générales ont, dans la loi pénale, le grave inconvénient de laisser l'interprétation sans guide et de faire naître, dès lors, des solutions souvent opposées les unes aux autres et toujours incertaines.

Une autre raison de cette incertitude tient à la matière elle-même. Le juge se trouve, comme le législateur lui-même, en présence d'une part de faits odieux qu'il n'est que trop enclin à réprimer, malgré le frein que lui opposent quelques termes de la loi, et d'une autre part des dangers d'une répression qui divulgue les honteux secrets de la vie privée et excite un scandale qui a plus de péril pour les mœurs que l'impunité elle-même. De là les oscillations d'une jurisprudence qui subit nécessairement l'entraînement des faits et penche alternativement, au milieu des vagues incriminations de la loi, tantôt pour les punir, tantôt pour ne pas les saisir, suivant qu'elle est frappée de la nécessité de frapper certains désordres ou de la nécessité non moins haute de ne pas trop remuer une fange malsaine. Il est évident que, dans l'appréciation qu'il est appelé à faire de tous les actes de débauche, le juge est en lutte avec toutes les impulsions de sa conscience honnête; il doit étouffer les mouvements de son indignation et refouler les sentiments honorables qui l'oppressent pour n'apercevoir que l'intérêt social et la volonté de la loi.

Nous ne prétendons nullement reprendre les dissertations auxquelles l'article 334 a donné lieu. L'interprétation de cet article a deux phases très-distinctes : la première, qui a motivé des discussions qui se sont prolongées pendant plus de vingt ans, a été close par les deux arrêts des chambres réunies de la Cour de cassation des 18 juin 1840 et 19 mai 1841; la seconde a commencé au moment où cette première interprétation a été fixée : c'est uniquement de cette dernière jurisprudence qu'il s'agit ici.

2. Les deux arrêts qui viennent d'être rappelés ont eu pour

objet d'établir d'une manière définitive que l'article 334, dans son premier paragraphe, ne punit que le proxénétisme. Ils portent, en termes exprès, « que l'article 334 punit quiconque a attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou de l'autre sexe au-dessous de l'âge de vingt et un ans; qu'il ne pouvait mieux indiquer le proxénétisme qu'en le caractérisant, comme il l'a fait, d'attentat aux mœurs commis en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption; qu'ainsi interprété l'article 334 forme, avec les articles précédents, un système de répression qui se lie et s'enchaîne en embrassant les divers attentats que le législateur a eu en vue de réprimer et qu'il n'a pas voulu confondre. »

Cette nouvelle jurisprudence a eu pour résultat de restituer à l'article 334 son véritable sens et d'exclure de son application l'action du séducteur, c'est-à-dire de l'homme qui, entraîné par la passion et pour la satisfaire, séduit et corrompt une fille mineure. C'est là assurément une action immorale, mais qui ne l'est pas au même degré que l'acte de l'intermédiaire qui fait métier de débauche, qui n'a point l'excuse de la passion personnelle et qui excite la corruption, soit pour le lucre qu'il en retire, soit par une infâme passion du vice et pour en propager la flétrissure. La ligne qui sépare ces deux agents a été indiquée ailleurs[1]. La loi n'a pas voulu punir le simple acte du séducteur, parce qu'elle n'a pas pour mission de frapper tous les actes immoraux, parce qu'il était difficile de définir les éléments de la séduction et de marquer la limite où elle devient criminelle, parce que cette incrimination, en entrant dans la vie privée, eût soulevé d'odieux scandales, parce qu'elle eût troublé la sécurité des relations sociales et, pour venger la morale, eût compromis la paix des familles.

Mais la jurisprudence, en écartant la séduction des termes de l'article 334, a-t-elle entendu n'appliquer le premier paragraphe de cet article qu'aux seuls proxénètes, c'est-à-dire aux êtres infâmes qui font trafic de la débauche? Faut-il restreindre ce texte à cette seule classe d'agents? N'est-il pas possible que les actes qui ont pour effet d'exciter, de favoriser ou de faciliter la corruption de la jeunesse, soient, dans certains cas, d'autres actes que ceux du proxénétisme?

[1] *Théorie du Code pénal*, t. IV, p. 200.

Les premiers arrêts, qui ont suivi les deux arrêts des chambres réunies, n'avaient pas admis d'autre hypothèse. Ils répètent unanimement « que le premier paragraphe de l'article 334 n'a pas en vue de réprimer autre chose que le proxénétisme [1]. » Un arrêt déclare même, dans les termes les plus formels, « qu'il résulte de la combinaison des articles 334 et 335 que le législateur n'a entendu en appliquer les dispositions pénales qu'à ceux qui se livrent à l'infâme métier de proxénétisme [2]. »

C'est sur ce dernier point que la jurisprudence a admis quelques modifications : en maintenant la règle qui vient d'être rappelée, en laissant à l'écart les corrupteurs qui n'excitent la débauche que pour satisfaire leurs passions, elle a peu à peu repris, pour les enfermer dans l'incrimination légale, les agents et les actes qui ne peuvent se couvrir de cette excuse.

3. Il importe de rappeler d'abord les deux éléments du délit d'attentat aux mœurs : c'est l'acte d'exciter, de favoriser ou de faciliter la débauche ou la corruption des mineurs ; c'est la perpétration habituelle de cet acte.

L'acte d'attenter aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant la débauche, n'est pas essentiellement en lui-même un acte de débauche, mais tend surtout à la propager, à la développer; celui qui le commet est un agent de corruption, l'instrument par lequel la débauche se consomme; c'est lui qui fournit les moyens de rapprochement, qui sert d'intermédiaire à l'immoralité, qui facilite la pratique du vice qu'il inocule dans la victime. Il n'est pas nécessaire que la corruption ait été consommée, il n'est pas nécessaire que la jeune fille ait été débauchée; il suffit que des manœuvres aient été pratiquées pour la corrompre; mais il faut qu'elles rentrent dans les termes de la loi [3].

Il ne faut pas toutefois confondre ces criminelles manœuvres avec les conseils, la provocation, la prédication même de l'immoralité : la loi, qui ne punit que l'attentat aux mœurs, n'a voulu incriminer que les faits matériels de proxénétisme ou de promiscuité de débauche qui auraient pour résultat, non-seule-

[1] Cass., 16 juillet 1841, bull. n° 212; 5 août 1841, bull. n° 226; 19 février 1842, bull. n° 31; 12 mai et 28 juillet 1848, bull. n°s 146 et 210, etc.

[2] Cass., 19 août 1853, bull. n° 414.

[3] Cass., 5 juillet 1834. — Sir., 34, 1, 841.

ment d'enseigner la corruption, mais de souiller la personne elle-même. Ainsi, dans une espèce où la Cour impériale de Colmar n'avait pas hésité à appliquer l'art. 334 à des actes qui ne constituaient qu'une odieuse école d'obscénité, la chambre criminelle a prononcé la cassation de son arrêt par les motifs suivants : « Attendu qu'il est déclaré que le demandeur, soit par des discours obscènes ou lascifs, soit par des gestes, des attitudes ou des démonstrations matérielles, avait initié des jeunes filles mineures aux idées et aux images du vice ; que ces pratiques avaient lieu lorsqu'il se trouvait seul avec l'une d'elles et qu'il les avait isolées à dessein les unes des autres ; que l'arrêt constate en même temps que ces actes, propres à corrompre ces jeunes filles en échauffant leur imagination et leurs sens, se faisaient dans le but de procurer au demandeur une satisfaction coupable ; que de telles circonstances, quelque réprobation qui puisse s'attacher à la conduite du prévenu, sont exclusives du délit prévu et puni par l'article 334, et qu'en prononçant les peines édictées par cet article, l'arrêt en a faussement appliqué les dispositions[1]. »

Le deuxième élément du délit consiste dans la perpétration habituelle de l'acte de corruption. Ainsi il ne suffit pas que l'agent ait facilité un acte de prostitution, il faut, pour que la loi le saisisse, qu'il se soit livré habituellement à ce commerce ; la loi a voulu, s'il s'agit d'un proxénète, que le métier, que la profession infâme fût bien établie, et s'il s'agit d'un autre intermédiaire, que l'habitude donnât à ses pratiques un caractère réellement criminel. Lors de la rédaction du Code pénal, la commission du corps législatif, voulant dispenser l'action publique de la condition de prouver le métier, avait proposé la suppression du mot *habituellement*. « Ce mot, disait le rapport, donnerait à entendre que si les coupables qui corrompent et prostituent la jeunesse ne se livraient pas trop fréquemment à ce commerce vil, ils ne seront pas punis ; leur conduite est si dangereuse que la peine doit les atteindre toutes les fois qu'ils ne peuvent pas échapper à la vigilance publique. » Le Conseil d'État rejeta cet amendement[2]. Dans cette matière, en effet, on doit se rappeler à chaque pas que l'action publique, qui ne doit s'avancer qu'avec une extrême prudence, ne doit saisir

[1] Cass., 15 mars 1860, bull. n° 78.

[2] Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 18 janvier 1810.

que les faits dont la preuve est possible et dont la poursuite ne jette aucune perturbation dans la société.

C'est en se plaçant sous l'autorité de ces règles, qui dominent toute cette matière, c'est surtout en maintenant inviolablement la jurisprudence fondée par les chambres réunies, et qui sépare le proxénétisme et la séduction, que la chambre criminelle a dû examiner les nouvelles questions qui se sont élevées.

4. La première de ces questions est de savoir si, pour constituer l'habitude, il est nécessaire que l'agent ait excité ou facilité la débauche de plusieurs mineurs. La jurisprudence a eu sur ce point trois phases distinctes. Il avait été d'abord décidé par plusieurs arrêts « que les faits dont la réunion constitue l'habitude doivent être considérés relativement à celui qui en est l'auteur, et non par rapport à ceux qui en ont été l'objet; qu'il suit de là que des faits de corruption, répétés à différentes époques envers les mêmes personnes, peuvent caractériser l'excitation habituelle à la débauche [1]. » Mais cette question ayant été portée devant les chambres réunies, il fut déclaré « que l'attentat aux mœurs se compose de deux éléments, savoir : 1° la répétition des actes par lesquels la débauche ou la corruption sont excitées, favorisées ou facilitées, ou l'habitude; 2° la pluralité des victimes livrées à la prostitution ou à la débauche, comme l'indique clairement cette expression collective, employée par le législateur : « la jeunesse de l'un et de l'autre sexe; » qu'il suit de là que les dispositions de l'article 334 ne sauraient recevoir d'application lorsque ces deux conditions 1° d'habitude ou de répétition des actes par lesquels la débauche ou la corruption serait excitée, favorisée ou facilitée, et 2° de pluralité des personnes corrompues ou prostituées, ne se trouvent pas réunies [2]. »

On doit remarquer que cette nouvelle jurisprudence se formait à une époque où la Cour de cassation persistait encore à confondre, dans les termes de l'article 334, les agents qui excitent à la débauche pour assouvir leurs propres passions, et ceux qui ne servent que les passions d'autrui. Or cette doctrine devait nécessairement influer sur cet arrêt; car, lorsqu'on éten-

[1] Cass., 17 janvier et 17 septembre 1829; 29 janvier 1830; 4 janvier 1838. — Sir., 38, 1, 254.

[2] Cass., ch. réun., 26 juin 1836. — Sir., 38, 1, 566.

dait la loi à des faits de simple séduction, il fallait l'environner de certaines conditions propres à en réprimer l'application. Il est évident que la condition de la pluralité des victimes a moins d'importance si l'on admet, comme cela a lieu aujourd'hui, que l'article 334 ne s'applique qu'aux proxénètes et aux intermédiaires de prostitution. Aussi cet arrêt dut être critiqué dans la *Théorie du Code pénal* : « Le métier existe lorsque l'agent a plusieurs fois tiré profit d'un acte de la même nature, lorsqu'à l'égard de la même personne il a fait le métier de proxénète, lorsque plusieurs actes d'excitation sont constatés à sa charge ; il n'importe alors que ces actes n'aient eu lieu qu'à l'égard de la même personne, car il faudrait décider que celui qui aurait trafiqué pendant plusieurs années de cette seule personne ne serait pas coupable d'une excitation habituelle à la débauche, ce qui nous semble inadmissible. On croit trouver la pluralité des victimes dans le mot *jeunesse* qu'emploie l'article ; mais l'emploi de ce mot s'explique par l'intention d'y comprendre les deux sexes, et d'ailleurs il désigne l'âge et non une collection d'individus [1]. »

Cette opinion a définitivement prévalu. Après deux arrêts rendus dans le sens de la jurisprudence des chambres réunies [2], la question s'étant présentée de nouveau, un dernier arrêt, rendu à notre rapport, a statué dans les termes suivants : « Sur le moyen tiré de ce que le jugement, en condamnant la demanderesse pour attentat aux mœurs, constate néanmoins qu'elle n'a facilité la débauche que d'une seule mineure : — attendu que l'article 334 punit d'une manière générale tous ceux qui trafiquent de la corruption de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche et lui en facilitent les moyens pour la livrer à la prostitution, pourvu que la fréquence et la répétition des faits prennent le caractère d'une habitude criminelle ; que cette habitude peut évidemment résulter, soit de faits de corruption répétés à différentes époques envers la même personne, soit des mêmes faits successivement pratiqués envers des personnes différentes ; que le jugement attaqué constate que la demanderesse a, par ses actes réitérés d'excitation, provoqué une jeune fille mineure de vingt et un ans à se livrer à la débauche

[1] *Théorie du Code pénal*, t. IV, p. 209.

[2] Cass., 1er juin 1844, bull., n° 193.

et lui en a facilité les moyens ; qu'en jugeant ainsi les juges ont fait une saine application de la loi[1]. »

Ainsi la pluralité des victimes n'est point une condition essentielle de l'habitude : il suffit de faits réitérés pour la constituer.

5. Est-il du moins nécessaire que le proxénète ait favorisé les passions de plusieurs individus, ait agi dans l'intérêt de plusieurs séducteurs? Non, si l'habitude peut se constituer par d'autres faits. Un arrêt décide « qu'il n'est pas nécessaire, pour que le proxénétisme soit atteint et puni par l'article 334, qu'il se soit entremis pour favoriser les passions de plusieurs individus; que la fréquence et la continuité des actes de prostitution dans l'intérêt des passions d'un seul, en constituant l'habitude, rend applicables en même temps au proxénète les dispositions de cet article[2]. »

Ainsi ce n'est pas le concours prêté à plusieurs actes de séduction qui constitue l'habitude ; la loi n'exige ni la pluralité des victimes, ni la pluralité des séducteurs ; elle n'a pas indiqué les éléments de l'habitude; elle en a laissé l'appréciation aux juges. Ce qui la constitue c'est la fréquence et la continuité des actes et non le nombre des personnes qui sont l'objet de ces actes ; c'est l'exercice ou du métier ou d'une action incessante ou successive avec le but d'exciter ou de faciliter la corruption. Il importe peu que l'agent ne soit l'intermédiaire que d'un seul séducteur vis-à-vis d'une seule mineure, s'il a été l'instrument continu et habituel de leur rapprochement et du commerce de ces deux personnes : ce sont les actes qu'il faut apprécier, c'est leur réitération, ce sont les époques plus ou moins rapprochées de leur perpétration. L'habitude est un fait qui se compose d'éléments complexes et multiples : elle peut résulter soit de rapports successifs avec plusieurs personnes, soit de la continuité des mêmes rapports avec une seule; mais elle ne puise pas exclusivement ses éléments constitutifs dans l'une ou dans l'autre de ces deux catégories de faits.

6. Nous arrivons maintenant à une difficulté plus grave. De ce que la jurisprudence a déclaré l'article 334 inapplicable aux faits de séduction directe et personnelle, plusieurs arrêts que nous avons cités plus haut avaient induit, en termes un peu trop

[1] Cass., 31 janvier 1850, bull. n° 40.
[2] Cass., 15 octobre 1853, bull. n° 517.

absolus, que cet article devait être restreint aux seuls faits de proxénétisme. Cette conséquence, qui pendant quelques années était demeurée inattaquée, était devenue l'une des règles de cette matière. Ce sont les faits qui, par les aspects nouveaux sous lesquels ils se sont produits, se sont chargés de la faire fléchir.

Une espèce s'est présentée dans laquelle un individu et sa maîtresse, couchant ensemble, admettaient dans le même lit la fille de celle-ci, âgée de treize ans, et se plaisaient à la rendre témoin des actes les plus honteux de leur débauche. Les juges du fait avaient pensé que, par leur conduite éhontée en présence de cette enfant, les prévenus avaient fait tout ce qu'ils avaient pu pour corrompre les mœurs de cette jeune fille et pour exciter sa corruption; ils avaient appliqué l'article 334. Fallait-il, sur le pourvoi de ces deux individus, casser ce jugement? L'article 334 comprend assurément dans ses termes tous les proxénètes, tous les mercenaires qui font trafic de la prostitution; mais, puisqu'il ne les a pas nommés, il n'a point formellement restreint son incrimination à cette classe d'agents. Ne s'étend-il pas à tous ceux qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse? Or, s'il répugne d'appliquer ces expressions à ceux qui pervertissent la jeunesse pour servir leurs passions personnelles, ne peut-on pas du moins les appliquer à ceux qui, sans qu'ils fassent un acte de proxénétisme, mais sans qu'ils satisfassent une passion personnelle, corrompent pour corrompre, et propagent leurs vices par le seul désir d'en infecter la jeunesse? Ne suffit-il pas, pour cette application, qu'ils aient excité ou facilité la corruption d'un mineur, et qu'ils aient répété et rendu habituels ces actes d'excitation? Cette doctrine prévalut, et la chambre criminelle, à notre rapport, rejeta le pourvoi, « attendu qu'il résulte du jugement attaqué que le prévenu a coopéré de concert avec la femme Voisin, à l'égard d'une jeune fille âgée de treize ans, à des faits habituels d'excitation à la débauche, sans qu'il soit établi que ces faits fussent commis pour satisfaire sa propre passion [1]. »

Cette nouvelle voie ainsi ouverte a naturellement tendu à s'élargir. Un arrêt des chambres réunies, rendu quelques jours

[1] Cass., 27 avril 1854, bull. n° 123.

après, quoiqu'il n'eût qu'à confirmer les arrêts précédemment intervenus sur la question de la séduction, prit cette occasion de confirmer indirectement la nouvelle jurisprudence de la chambre criminelle en déclarant « que l'article 334, saînement entendu, exige pour son application l'intervention d'un agent intermédiaire de débauche et de corruption [1]. » On voit que la loi n'est plus circonscrite au seul proxénétisme. Examinons les espèces dans lesquelles la jurisprudence a vu cet agent intermédiaire qui n'est plus seulement le proxénète.

Nous trouvons d'abord deux espèces dont les faits ont quelque rapport avec la première. Ce sont des chefs d'atelier qui, abusant de leur autorité sur des jeunes filles qu'ils employaient, se livraient sous leurs yeux à des actes d'obscénité. La Cour de cassation a rejeté les pourvois formés contre les arrêts qui avaient appliqué l'article 334, en déclarant, dans l'une de ces espèces, « que l'arrêt attaqué constate que le prévenu se livrait sur sa propre personne à des actes d'impudicité en présence de chacune des jeunes filles qu'il attirait près de lui, et cela dans le but de corrompre les jeunes imaginations de ces enfants [2]; » et, dans l'autre, « qu'il est déclaré en fait à la charge du demandeur, qu'en excitant habituellement la débauche des jeunes filles mineures qui étaient à son service, il n'a pas eu seulement pour but d'assouvir sa propre passion, mais qu'il est devenu pour les jeunes filles un intermédiaire de débauche et de corruption; que s'il n'est point constaté qu'il ait reçu aucun salaire pour se livrer à ces actes honteux, cette circonstance n'est pas nécessaire pour justifier l'application de l'article 334; que ce délit résulte de la seule intervention d'un tiers pour servir la passion d'autrui, quel que soit le mobile de cette intervention et lors même qu'un vil trafic y serait étranger [3]. » Ainsi, dans ces deux espèces, le corrupteur n'est pas un séducteur, il n'agit pas dans l'intérêt d'une passion personnelle, il cherche à dépraver, parce qu'il est vicieux et qu'il éprouve une sorte de plaisir à répandre sa dépravation; mais il ne songe pas à profiter de la corruption qu'il excite, il se borne à l'exciter. Il est donc un intermédiaire de débauche entre les jeunes filles qu'il a corrompues et les passions que cette corruption alimen-

[1] Cass., 1er mai 1854, bull. n° 133.
[2] Cass., 13 novembre 1856, bull. n° 349.
[3] Cass., 21 avril 1855, bull. n° 137.

tera; et c'est à raison de ce rôle d'agent et d'instrument qu'il peut rentrer dans les termes de l'article 334.

Mais voici d'autres espèces dans lesquelles la question était plus délicate. Il s'est trouvé des êtres cyniques et blasés qui ont le besoin d'exciter la débauche, non pour satisfaire leurs passions, mais pour les ranimer et les enflammer. Or les scènes de libertinage, dont ils se donnaient le spectacle, rentraient-elles dans l'incrimination légale? N'était-ce pas là une sorte de satisfaction dépravée qu'ils cherchaient pour eux-mêmes? Pouvait-on assimiler leurs actes à ceux des agents intermédiaires que la loi a seuls saisis?

Un jugement constatait en fait « que le prévenu avait préparé, combiné et habituellement ménagé des rapprochements obscènes entre des filles publiques et des jeunes gens âgés de moins de vingt et un ans; » mais on ajoutait « que ces faits s'accomplissaient sous les yeux du prévenu, en vue d'exciter sa lubricité et de satisfaire des goûts désordonnés. » N'échappaient-ils pas, dès lors, à l'article 334? La chambre criminelle ne l'a pas pensé et elle a déclaré « que cette circonstance ne saurait détruire le fait d'avoir agi comme intermédiaire dans les scènes corruptrices par lui organisées, lesquelles, indépendamment de la satisfaction de ses passions personnelles, avaient pour résultat final l'acte de libertinage privativement consommé entre les mineurs et les filles publiques[1]. »

Un autre jugement constatait, à la charge d'un prévenu, « qu'il avait habituellement attiré chez lui un certain nombre de jeunes gens pour se livrer avec eux à des actes obscènes. » La chambre criminelle a encore décidé « que, dans les faits ainsi constatés, on rencontre tous les caractères du délit; que, des rapprochements opérés entre le demandeur et les jeunes gens mineurs, des actes réitérés de débauche qu'il accomplit sur leurs personnes; de cette volonté calculée d'offrir en spectacle les uns aux autres ceux qui devenaient les instruments de sa dépravation, résulte l'excitation habituelle à la débauche la plus funeste et la plus dangereuse; que le demandeur, en attirant à lui ces jeunes gens mineurs, en les mettant en contact entre eux et avec lui-même et en les faisant participer à la corruption dont il les rendait victimes, prenait le rôle actif d'in-

[1] Cass., 23 août 1855, bull. n° 297.

termédiaire habituel et d'agent de débauche de mineurs de vingt et un ans; que le délit ne change pas de nature parce que le demandeur poursuivait personnellement la satisfaction de ses goûts désordonnés, ou qu'il n'y rattachait pas les vues d'un vil trafic [1]. »

Cette jurisprudence est-elle fondée? Il faut sans doute se dégager des sentiments de dégoût et d'indignation que de tels faits inspirent; il faut étudier avec l'esprit du légiste leur caractère et leurs circonstances; il faut rechercher si ce sont bien là les faits que la loi a voulu punir. Il est probable, et cela peut s'induire des législations antérieures et des motifs de notre Code, que notre législateur n'a en vue que les proxénètes, c'est-à-dire les mercenaires qui s'entremettent à prix d'argent. Telle est du moins la pensée qu'il a exprimée, tel est le principal objet de l'article 334. Mais on doit reconnaître en même temps, que cette pensée ne s'est point formulée dans cet article d'une manière restrictive : les proxénètes n'y sont pas nommés; s'il définit leur profession, il le fait dans des termes si vagues et si flexibles qu'ils vont assurément au delà ; il saisit, en effet, tous ceux qui excitent, favorisent ou facilitent habituellement la débauche des mineurs; par conséquent, non-seulement ceux qui exercent l'infâme trafic du proxénétisme, mais encore qui, par une intervention matérielle, avec ou sans esprit de lucre, provoquent et facilitent la corruption des mineurs, pourvu qu'ils le fassent habituellement. Ainsi lors même que la pensée du législateur ne sera pas arrêtée à cette classe d'agents qui corrompent sans autre mobile que celui du vice, il suffit qu'il ne les ait pas exclus, il suffit que, dans une matière ou les faits affectent des nuances si variées, il ait adopté une formule large et faite pour les comprendre toutes, pour qu'il soit permis de les saisir. L'attentat aux mœurs se constitue par tous les modes d'excitation à la débauche, par tous les moyens habituellement employés de la favoriser ou de la faciliter : en ne définissant pas ces modes, en ne désignant pas les agents qui les mettent en œuvre, n'est-il pas évident que la loi n'a voulu limiter ni les uns ni les autres, et en a laissé aux juges la libre appréciation? Si l'interprétation est nouvelle, c'est que des faits nouveaux se sont produits : la jurisprudence n'a point innové, elle n'a fait

[1] Cass., 10 janvier 1856, bull. n° 12.

qu'appliquer une règle générale à des cas ignorés jusque-là.

La seule objection sérieuse qu'on puisse opposer à cette interprétation est la distinction, faite avec tant de sagesse par la loi et la jurisprudence entre les agents de corruption et les simples séducteurs ; or, lorsqu'il est constaté que les prévenus, dans les deux dernières espèces, propageaient la débauche pour s'en donner le spectacle et cherchaient dans ces scènes ignobles une infâme jouissance, ne peut-on pas dire qu'ils agissaient, non pour autrui, mais dans l'intérêt de leurs passions personnelles, qu'ils n'étaient plus agents de corruption, mais auteurs principaux et corrompant pour eux-mêmes? Nous admettons avec la loi l'excuse de la passion personnelle, quelque honteuse que soit cette passion et quelque infâmes que soient les actes auxquels elle descend : ce n'est pas parce que de tels actes méritent quelque condescendance, c'est parce qu'il importe de maintenir l'indépendance de la vie privée, c'est parce que les poursuites auraient, outre l'éclat du scandale, le péril de pénétrer trop avant dans le domicile, c'est parce que la loi pénale a pour mission, non de venger la morale outragée, mais de réprimer les actes extérieurs qui troublent l'ordre. Mais est-il possible de confondre avec des faits de séduction, le fait de réunir des mineurs pour les dépraver? Peut-on couvrir du nom de passion le goût impur qui cherche une satisfaction dans une obscénité commune? Qu'importe d'ailleurs l'intérêt qui anime l'agent, dès qu'il réunit autour de lui plusieurs mineurs, dès qu'il les rend tour à tour témoins de ses actes? Ne devient-il pas par là même, pour quelques-uns au moins, un intermédiaire de corruption? N'est-il pas évident qu'il excite à la débauche celui qui n'est pas actuellement l'objet de sa séduction? Et comment de pareils faits, quand ils se renouvellent jusqu'à l'habitude, ne tomberaient-ils pas dans les termes de l'article 334?

Mais si la jurisprudence ne paraît pas être sortie des limites de la loi pénale, il ne faut pas qu'elle perde de vue que les écarts sont faciles sur un terrain aussi glissant. On peut en citer un exemple. Un propriétaire était inculpé d'avoir favorisé la débauche d'une fille mineure en lui louant une chambre dans une maison habitée par des prostituées : renvoyé de la poursuite, par un arrêt de la cour de Rennes, la chambre criminelle a cassé cet arrêt : « Attendu que l'article 334 ne s'applique pas

seulement à l'agent honteux de la corruption qui, par une intervention directe et personnelle, la favorise et l'excite; que la loi va plus loin, en employant le mot de *faciliter;* qu'elle proscrit ainsi sans distinction tous les actes ayant pour résultat d'aplanir aux mineurs la voie de la débauche; qu'il résulte de l'arrêt attaqué que la femme Guilleux a loué à la fille Lavaud une chambre dans une maison dont elle est propriétaire, et qui est exclusivement habitée par des filles de mauvaise vie; qu'au moment de cette location la femme Guilleux savait que la fille Lavaud était mineure; qu'elle était fille publique elle-même, inscrite sur les registres de la police; que par conséquent elle ne devenait locataire de cette maison que pour s'y livrer journellement à la débauche; que vainement l'arrêt ajoute que la prévenue avait une habitation distincte de ladite maison; qu'elle n'a à exercer aucune surveillance sur ses locataires, et qu'au fait de la location ne s'est joint aucun acte ayant tendu à exciter, favoriser ou faciliter la débauche de ladite mineure; qu'il résulte uniquement de ces circonstances que la femme Guilleux n'a pas pris une part directe à l'exercice de la débauche de la fille Lavaud; qu'elle n'y est point intervenue; mais que le seul fait de la location, accomplie dans les conditions qui viennent d'être signalées, avait pour résultat nécessaire de fournir à ladite mineure le moyen de se livrer à la prostitution [1]. » Ce sont les dernières expressions mêmes de cet arrêt qui révèlent les doutes qu'il peut soulever : faut-il distinguer trois faits distincts dans ces mots de l'article 334 « en excitant, favorisant ou facilitant la débauche; » ou n'est-ce qu'un même fait que la loi a enveloppé sous trois faces différentes, pour qu'il ne pût lui échapper? Ce fait ne consiste-t-il pas uniquement, quelles que soient les combinaisons dans lesquelles il se produit, dans l'entremise d'un tiers pour propager la corruption? Cette intervention ne suppose-t-elle pas un acte personnel de ce tiers tendant au rapprochement des personnes? N'est-ce pas parce qu'elle l'appréciait ainsi, que la loi a incriminé, non le fait matériel de faciliter la débauche, mais l'attentat aux mœurs commis en la facilitant? Comment comprendre un attentat qui ne se manifeste par aucun acte direct, par aucune action personnelle et qui ne consiste que dans la prestation d'un moyen ou d'un instrument

[1] Cass., 10 novembre 1851, bull. n° 313.

de débauche? Ces objections servent à démontrer combien de nuances diverses revêt cette matière et combien il est difficile d'assigner à chaque règle des limites précises.

7. Ceci nous conduit à l'application qui peut être faite de l'article 334 aux filles publiques. Ces femmes sont tolérées dans l'exercice de leur ignoble profession; mais cette tolérance, suivant les termes du réquisitoire qui a précédé l'arrêt dont nous allons parler, « ne va pas au delà du concubinage simple, qu'il n'y a pas moyen d'empêcher, et qui en soi est une faute grave et non pas un délit. » Dans ce cas, malgré des actes habituels et répétés de débauche, la fille publique n'est pas poursuivie. Mais la tolérance ne peut aller au delà; elle ne peut couvrir ce qui est excessif, elle ne peut s'étendre à des faits qui prennent le caractère de délit.

Ainsi, lorsqu'il est constaté qu'une fille publique reçoit habituellement dans sa chambre plusieurs mineurs à la fois, qu'elle se livre à la prostitution avec chacun d'eux successivement, et qu'elle les rend ainsi témoins alternativement de ses actes de débauche, n'est-ce là qu'un acte d'exercice de sa profession? la chambre criminelle ne l'a pas pensé et elle a déclaré « que indépendamment de ce que cette femme se rendait l'instrument volontaire de la corruption et de la débauche de ceux à qui elle se prostituait, le fait seul qu'elle donnait volontairement et sciemment à des mineurs le spectacle de pareilles scènes d'impudicité, impliquait virtuellement, et par la nature même des choses, une corruption et une excitation de ces jeunes gens à la débauche [1].

Et, en effet, comment pourrait-on justifier la fille publique? Dira-t-on qu'elle ne faisait qu'exercer son métier et se procurer un lucre? Cela ne serait pas exact, car son métier qui est de se livrer au concubinage, ne lui donne pas le droit d'exciter impunément les mineurs à la débauche; elle peut faire un acte de débauche, elle ne peut pas leur enseigner la débauche par le spectacle de ses actes. Soutiendra-t-on que du moins elle ne faisait pas acte de proxénétisme? non, mais elle était un intermédiaire de corruption à l'égard des jeunes gens qu'elle rendait témoins de sa prostitution, et les excitait à la débauche, non-seulement en vue du profit qu'elle en attendait, mais en

[1] Cass., 7 juillet 1859, bull. n° 168.

même temps en vue de les corrompre et de les dépraver.

8. Nous avons vu que l'homme qui ne pratique la séduction que pour satisfaire ses passions, s'il est criminel aux yeux de la morale, demeure à l'abri de l'application pénale. Mais en est-il encore ainsi s'il emploie des moyens réprouvés par la loi, s'il s'associe à des manœuvres punissables, s'il se rend complice du proxénète qui le sert? Il peut sembler à la première vue qu'il y a une sorte de contradiction à saisir le séducteur que la loi n'a pas voulu punir, comme complice de l'agent qu'il a employé pour consommer la séduction; car, s'il est à l'abri de la peine à raison du fait de séduction, comment y serait-il exposé à raison des moyens dont il s'est servi pour accomplir ce fait? mais, en regardant de près cette objection, on peut lui opposer une double réponse.

La première est que la règle qui saisit les complices de tous les délits n'a pas fait d'exception. La cour de cassation, après avoir posé le principe de la complicité de l'attentat aux mœurs dans deux arrêts [1], a donc pu l'appliquer implicitement par un arrêt qui déclare « que si l'article 334 doit être entendu dans ce sens qu'il n'atteint que celui qui s'est employé comme entremetteur à exciter, favoriser ou faciliter habituellement la corruption de la jeunesse dans l'intérêt des passions d'autrui, il ne résulte aucunement de cette interprétation que l'article 334 exclut la complicité du corrupteur qui, par dons ou promesses, a provoqué, pour satisfaire son libertinage, l'intervention du proxénétisme; que l'incrimination résultant de la complicité est une règle générale qui s'applique à tous les délits lorsqu'elle n'est pas exclue par une disposition formelle qui, au cas particulier, n'existe pas [2]. »

La deuxième réponse est que le séducteur ne peut être réputé complice qu'à deux conditions : 1° il faut qu'il ait employé l'un des modes de complicité prévus par l'article 60 du Code pénal; 2° il faut qu'il ait participé à tous les actes nécessaires pour constituer le délit, et par conséquent à l'habitude qui doit caractériser les actes, soit du proxénète, soit de l'intermédiaire.

En ce qui touche les modes de complicité, l'arrêt qui vient d'être cité ajoute avec raison « qu'on objecterait vainement que cette interprétation de la loi annule les conséquences légales de

[1] Cass., 5 août 1841, bull. n° 226; 29 avril 1842, bull. n° 104.
[2] Cass., 10 novembre 1860.

la restriction au proxénète de l'application de l'article 334; qu'en effet celui qui n'a commis qu'un acte de séduction personnelle et directe, sans recourir à un agent intermédiaire de corruption, n'en reste pas moins en dehors de l'application de la loi pénale; mais que cette immunité légale n'a plus sa raison d'être, et conséquemment doit cesser d'exister lorsque, dans des circonstances évidemment plus coupables, le séducteur a fait appel à l'intervention d'un tiers pour parvenir à satisfaire ses passions personnelles; que dans ce cas, lorsque la provocation se produit dans les conditions de l'article 60, le séducteur devient le complice du proxénète et se rend passible de la peine édictée en l'article 60; qu'il doit en être ainsi, alors même que les remises d'argent, les dons ou promesses destinés à salarier l'intermédiaire, n'auraient pas été habituellement effectués, l'habitude nécessaire pour caractériser le délit d'excitation à la débauche n'étant pas exigée par l'article 60 pour constituer la complicité par dons ou promesses et la complicité qui en est la conséquence légale. »

9: Mais en ce qui touche la participation à tous les actes constitutifs du proxénétisme, la question peut devenir délicate; car il n'y a pas de complice si l'agent ne s'est pas associé à tous les actes élémentaires du délit; or, comme l'habitude est l'un des éléments de ce délit, il s'ensuit que le séducteur ne peut être atteint que s'il a habituellement participé aux actes du proxénète. Il est donc très-important de rechercher ce qui peut ici constituer l'habitude, et, par exemple, s'il suffit d'avoir employé deux fois le même proxénète dans un même fait de séduction pour qu'il y ait complicité.

Dans une espèce où un commis voyageur avait emmené avec lui une jeune fille mineure, et l'avait gardée pendant onze jours, après avoir donné 20 fr. à ses père et mère et leur avoir fait des promesses, une poursuite pour complicité d'attentat aux mœurs fut intentée contre lui. Condamné en vertu des articles 60 et 334, il s'est pourvu, et l'arrêt a été cassé, « Attendu qu'il ne suffit pas que l'habitude de l'excitation à la débauche soit prouvée contre l'entremetteur ou le proxénète par rapport à d'autres individus, qu'il faut encore que cette habitude existe par rapport au complice, et dans les relations qui se sont établies entre ce dernier et l'agent intermédiaire de la corruption; que les faits constatés n'établissent pas que les

père et mère aient excité habituellement leur fille à se livrer au prévenu; que si ultérieurement des relations suivies et habituelles se sont établies entre le prévenu et la jeune fille, cette circonstance, postérieure au pacte immoral consenti par les père et mère, ne saurait constituer à leur égard l'habitude de l'excitation, parce que rien n'établit qu'après s'être séparés de leur fille, ils aient persévéré dans le consentement donné à sa prostitution, la persistance et la continuation de ce consentement pouvant seul constituer l'habitude de l'excitation [1]. »

Cet arrêt donne lieu à plusieurs observations. Il est clair d'abord que, dans cette espèce, l'habitude ne pouvait résulter ni de la réitération des dons et promesses, puisque ces dons et promesses n'étaient que le prix d'une seule convention, d'un seul marché; ni de la durée de la cohabitation de la jeune fille avec le séducteur, puisque cette cohabitation était un fait postérieur au délit; elle pouvait en être la conséquence, elle ne pouvait en aucun cas en être un élément : l'habitude prévue par la loi est l'emploi habituel des moyens propres à amener la corruption et non l'habitude de cette corruption elle-même; elle consiste dans la réitération des mêmes moyens, dans les efforts mis en usage pour procurer la débauche et non dans la durée de cette débauche. Ensuite, cette habitude doit se manifester par une série d'actes qui établissent, à l'égard de l'intermédiaire, l'intention de continuer son entremise et d'en faire en quelque sorte métier, et à l'égard du séducteur la participation aux actes nécessaires pour que, en ce qui le concerne, il y ait eu emploi habituel de ces moyens. Un seul acte de connivence, une seule stipulation, lors même que cette stipulation aurait été exprimée à plusieurs reprises ou que son exécution se serait manifestée par plusieurs actes, ne constituerait pas sans doute l'habitude relativement au séducteur; mais cette circonstance pourrait résulter d'actes distincts successivement employés, lors même qu'ils auraient un même but et que le proxénète n'aurait servi d'intermédiaire qu'avec une seule personne.

10. Ce sont là les derniers arrêts intervenus dans cette matière. La jurisprudence se trouve placée, plus qu'en toute autre peut-être, entre deux écueils : d'une part, le danger de

[1] Cass., 10 novembre 1860.

sortir du texte de la loi et de pénétrer dans un domaine qu'elle a interdit aux investigations judiciaires; d'une autre part, celui de laisser impunis des faits odieux qui, quoiqu'ils s'accomplissent dans l'ombre, flétrissent incessamment la jeunesse d'une souillure indélébile. Les arrêts, pour maintenir les limites posées à leur incrimination par l'article 334, ont successivement déclaré les dispositions de cet article inapplicables : 1° aux faits de séduction; 2° aux simples provocations à la débauche, isolées de tout fait matériel d'intervention; 3° aux actes de complicité du proxénétisme dans lesquels la circonstance de l'habitude ne se retrouverait pas. Les mêmes arrêts ont considéré d'un autre côté, comme des agents de corruption, et ont placé à côté des proxénètes tous les intermédiaires, qui, par leur entremise matérielle, ont excité ou facilité la débauche; ils ont placé l'habitude, non-seulement dans le métier, mais dans la répétition des mêmes actes, même envers la même personne, même au profit du même séducteur; enfin, ils ont étendu les règles de la complicité aux séducteurs qui emploient les proxénètes, pourvu que ceux-ci se soient associés, par des faits constitutifs de cette complicité, à des actes qui ont par eux-mêmes le caractère du délit. Ainsi expliqué, l'article 334 présente un sens plus précis et plus net; il est plus facile de mesurer le terrain et les limites de son application. Il respecte la vie privée et ses secrets même les plus honteux, mais toutes les fois qu'aux faits de séduction se joint d'une manière quelconque l'entremise d'un tiers, il y a là un fait extérieur qui donne à la loi pénale le droit d'intervenir. Cette distinction, établie avec plus de fermeté, assure à la société toutes les garanties qui lui sont nécessaires.

FAUSTIN HÉLIE.

RÉVISION DU CODE PÉNAL DU PORTUGAL.

NOUVEAU RAPPORT PRÉSENTÉ AU ROI, PAR LA COMMISSION, LE 3 MARS 1860[1].

Traduit par M. BONNEVILLE, conseiller à la Cour impériale de Paris.

SIRE,

I.

Lorsqu'on considère l'organisation et le droit de l'Europe moderne jusqu'à la fin du XVIIIe siècle, on en voit ressortir un fait historique d'une grande importance : *la ressemblance notable* (sinon l'unité) *dans les institutions, dans la législation et dans la jurisprudence.*

Ce fait qui, eu égard principalement au droit criminel, est l'expression de la vérité, semble répugner aux circonstances d'une époque où les peuples, étant moins liés entre eux qu'ils ne le sont aujourd'hui, et où les moyens de communication étant plus rares et moins puissants, le contact des esprits était plus difficile. Ce fait n'en a pas moins une cause *historique*[2].

Les nations modernes sortent toutes d'une commune origine barbare et romaine, de laquelle procèdent les premiers éléments de leur être. Elles sont nées ou se sont constituées dans une époque d'agitation, époque qui, resserrée entre deux catastrophes, commence du jour où l'empire d'Occident tombe au pouvoir des Barbares et se termine quand celui d'Orient s'écroule par la prise de Constantinople. Toutes ont donc parcouru les mêmes vicissitudes, sous l'influence de cette force naturelle

[1] Nous avons, dans nos numéros de juillet et d'août dernier, publié le premier rapport de la commission de révision du Code pénal portugais. L'importance de ce travail et l'accueil qui lui a été fait par nos lecteurs français et étrangers, nous déterminent à compléter ce précieux document législatif par le nouveau rapport de la même commission, récemment publié en tête de la *deuxième édition*, profondément amendée du projet de Code pénal.

Nous devons également cette communication à l'obligeance de M. le conseiller Bonneville, dont les observations ont motivé la plupart des modifications apportées au projet primitif.

[2] Rossahirt, *Geschichte und system des deutschen Strafrechte;* Stuttgart, 1838-39 ; etc.

d'imitation qui propage les bonnes et les mauvaises idées. Mais les éléments les plus puissants de similitude et d'unité dans nos croyances et dans nos droits, nous les devons à un pays spécial.

L'Italie, foyer constant de tant d'invasions, diverses par leurs dates, diverses par la race des envahisseurs (*diversas na raça et no tempo*), proie incessamment disputée entre les nations modernes, l'Italie avait cessé de s'appartenir en propre. C'était une terre de peuples, de cités, de puissances mortes; mais elle s'est bientôt transformée en une terre de résurrection. L'antique Rome disparaît à peine, qu'on voit naître la Rome pontificale; Venise sort du sein des mers pour les dominer; Gênes élève ses palais de marbre, lance ses navires et s'associe à ce nouvel empire; tandis que Florence imprime au commerce des idées intellectuelles la splendeur, que d'autres cherchaient dans la richesse matérielle. Si l'Italie n'est plus la grande puissance des armes, elle revit et ressuscite comme pouvoir plus universel par la religion, par le commerce et par les beaux arts!

Ce que nous avons dit des peuples, des cités et de leur pouvoir, on peut l'affirmer du droit. Pour lui aussi, l'Italie a été une terre de mort et de résurrection!

Dominée par les Espagnols, par les Français, par les Allemands, tour à tour vaincus et vainqueurs, elle a reçu d'eux, en divers temps, une partie de ses institutions ou de ses coutumes locales; mais, en retour, elle a donné à tous les pays les deux plus puissants et plus vastes éléments de droit : *le droit romain* et *le droit canonique*, lesquels bientôt envahissant l'Europe, sont devenus pour elle *la loi commune;* l'un appartenant à l'Italie antique; l'autre à l'Italie moderne. Leur influence dominatrice s'est exercée sur tout ce qui touche à la vie et à l'organisation des grands peuples modernes. Ils ont été pour eux les deux sources juridiques générales, les deux plus énergiques éléments d'assimilation et de communion de tout le droit européen!

Au *droit* est venu s'adjoindre *la jurisprudence* qui, elle aussi, s'inspirant à cette double source et entrant dans une voie plus large et plus vraie, est parvenue, à l'aide des déductions du raisonnement, à construire son œuvre d'activité et d'application aux réalités de la vie sociale. Ajoutons qu'alors, pour le droit romain, pour le droit canonique, pour la jurisprudence, on n'avait qu'*une seule langue*, la langue universelle, la langue

scientifique, LE LATIN [1]; en sorte que l'unité de sources, l'unité de doctrine, l'unité de langues, furent l'apanage du droit européen jusqu'à la fin du XVIIIe siècle!

Les formes du droit ont pu sans doute varier d'un peuple à l'autre [2]; mais l'Europe a eu réellement un système unique; *le droit romain, le droit canonique, la jurisprudence* y ont exercé ensemble leur action de nivellement (*acção niveladora*), et les lois particulières n'ont fait qu'en traduire les règles ou les revêtir de la forme spéciale à chaque peuple.

Le droit criminel surtout, tant pour la pénalité que pour la procédure, a dû beaucoup à l'influence de ces éléments [3]. Son étude ayant lieu sous une inspiration commune, on le vit se produire avec un caractère bien marqué de ressemblance, à tel point qu'à cette époque le criminaliste parut être *de tous les pays* et exercer la même autorité en tous, soit qu'il écrivit à Bruges, comme Damhouder; à Milan, comme Julius Clarus; à

[1] *L'unité de langue* qu'on rappelle ici a eu sans contredit une influence considérable dans le caractère d'uniformité qu'offre, au XVIIIe siècle, le droit européen, et cette influence, Napoléon Ier avait eu la pensée de la raviver.

« Nessuno ignora, che la nostra legislazione moderna ha le sue principali radici nel diritto *romano*, nel diritto *canonico*, negli editti, capitolari, glossarii, ed altri elementi fondamentali di tutta la scienza giuridica.

« Che la maggior parte di questi antichi e preziosi documenti sono scritti in lingua *latina*.

« Che finalmente questa lingua così concisa ed energica degli antichi dominatori del mondo ha *sola*, come *lingua madre* o *lingua classica*, conservato il privilegio dell' università, in questo senso che anche in oggi ella è studiata e intesa dai dotti di tutti paesi. — Ora supponete che ciascuna legislazione del globo fosse concepita o tradotta in lingua *latina*, non scorgete immediatamente l'immenso impulso di progresso che sarebbe impresso alla scienza del diritto in generale, a questa scienza la prima di tutte, come dice Cicerone, *scientiarum omnium domina et regina*, e specialmente a quella del *diritto comparato*, quando, legisti di tutti i paesi potessero, con l'aiuto di questo *idioma comune*, studiare, compulsare, comentare le diverse legislazioni del mondo civilizzato?

« In virtù di quest' alta considerazione d'interesse sociale e di progresso scientifico, Napoleone I fece eseguire, sotto la direzione del dotto Marescalchi, una traduzione *latina officiale* del suo Codice civile, che egli riguardava con ragione come il monumento il più perfetto, e come l'espressione la più inoltrata della scienza del diritto. » (Bonneville, art. inséré en mai 1855 dans la *Revue de législation*, et reproduit par *la Temi* de Florence.)

[2] Cremani, *De varia jurisprudentia criminali apud diversas gentes, ejusque causis oratio, Ticini reg.* 1776.

[3] Ulloa, *Delle vicissitudini e del progresso del diritto penale in Italia;* Napoli, 1837.

Rome, comme Farinacius; en Saxe, comme Carpzow; en Hollande, comme Matteus; à Naples, comme Nicolas Caravita et Nicolo Alphani; en Espagne, comme Matthœus y Sanz; en France, comme Rousseau Delacombe, Muyart de Vouglans et Jousse [1].

L'Italie, entre toutes, contribua puissamment à ce résultat. D'une part, c'est de son sein que surgirent les premières œuvres qui, répandues en Europe, y devinrent les oracles de l'administration de la justice répressive [2]; et, d'autre part, parce que l'idée de communion (*communhão*) établie par le christianisme, formulée philosophiquement par Dante et scientifiquement par Vico, dominait la pensée italienne, contenant ainsi en germe tout l'avenir de la science, de ses théories et de ses applications [3].

Mais tandis que vers la fin du XVIIIe siècle s'opérait cette grande transformation sociale; tandis que dans son effervescence et sur les ruines fumantes d'une révolution, L'OPINION s'inscrivait enfin elle-même sur les tables de la loi, déclarant la guerre à une législation à demi barbare; que la civilisation, sortant pour ainsi dire de son tombeau, traînait après elle comme un suaire taché de son propre sang, il sembla qu'un mouvement singulier de *la civilisation* allait enlever à l'Europe les éléments de son unité juridique. Le droit romain et le droit canonique *perdirent* une partie de leur autorité générale; le système de Codes nationaux, concis, accessibles à tous, destinés à courir dans toutes les mains, se propagea dans chaque pays. La jurisprudence dépouillant son caractère d'universalité se rattacha au Code de la nation; et la langue *scientifique* elle-même abandonnée dût céder la place à la langue *vulgaire*. Tout se localisa; tout se concentra dans les limites de chaque frontière. Chaque peuple voulut avoir une législation différente et sa jurisprudence particulière.

[1] Ortolan, *Cours de législation pénale comparée*, introd. historique, Paris, 1841, p. 104 et suiv.

[2] Le livre de Albert Gaudino (*Gaudinus*), *Libellus de maleficiis*, publié à Venise en 1559, est le premier traité spécial de droit criminel du moyen âge que nous connaissions. Après cet écrivain (mort en 1300) vient Savigny : *Geschichte des som. rechts*, t. V, p. 91 et suiv., lequel fait encore mention de *Rolandinus de Romanciis*, mort en 1284, et auteur d'un *Libellum de ordine maleficiorum*, qui n'est pas arrivé jusqu'à nous.

[3] Benedetto Castiglia, *Dante Allighieri ou le problème de l'humanité au moyen âge*; Paris, 1857.

Et pourtant cette tendance vers la division, cette apparente séparation n'est pas en réalité l'esprit du siècle. Tout au contraire, les alliances de peuple à peuple, la communion des esprits et des sympathies, sont le propre de notre temps. Vaincre les distances, abaisser les barrières, tant au moral qu'au physique, tel est le problème vers lequel nous tendons de plus en plus! Le pouvoir de propagation et d'assimilation est plus que jamais actif, rapide, riche et puissant en moyens[1]!

Du reste, si l'on pénètre au fond de ces Codes qui paraissent différents pour chaque État, on ne tarde pas à découvrir le produit de cette force de propagation et d'assimilation, comme s'ils avaient été conçus et publiés par imitation, comme s'ils émanaient d'une même pensée, comme s'ils étaient sortis d'un même moule. Si l'esprit d'unité ne naît pas, comme dans d'autres temps, de l'autorité dominatrice du droit romain et canonique, elle provient de l'influence de la raison et de l'expérience, des nécessités et de l'esprit du siècle, qui ont créé le génie et l'étude de *la législation comparée*.

Dans ce mouvement *européen* de codification (conséquence de l'essor réformateur qu'avait imprimé l'Italie par la voix éloquente des Filangieri et des Beccaria), la plus large part revient certainement à la France[2]. C'est elle qui, la première, a produit un modèle de codification simple et populaire, dans une langue

[1] C'est dans l'ordre de ces idées, et pour appuyer ces salutaires aspirations vers l'unité scientifique des lois et des institutions, que je disais en mai 1855, en parlant du journal de droit, *la Temi* de Florence : « Lo scopo « eminentimente civilizzatore della *Temi* è di ricostituire, nelle regioni paci- « fiche della scienza del diritto, QUELLA UNITA ITALIANA, *fino a questo giorno* « *vanamente agognata sotto il punto di vista nazionale*. Così, rispettando « scrupolosamente le barriere che la politica ha create fra i diversi stati « della penisola, *la Temi* si sforza, con l'autorità mediatrice della discus- « sione, di *ravvicinare* le dottrine, di rendere *uniformi* le pratiche, di *con-* « *ciliare* le giurisprudenze, e di far regnare *a benefizio della scienza generale,* « *i principi immutabili del diritto su questa terra d'Italia, che fu già uno* « *dei focolari più facondi et più luminosi della scienza giuridica.* » (Bonneville, art. inséré dans la *Revue critique de législation*, et reproduit dans *la Temi* de Florence, en tête de son numéro d'août 1855.)

[2] L'influence de la nation française dans le mouvement civilisateur du monde n'a fait depuis lors que s'accroître. Elle est désormais un fait incontesté. L'empereur Napoléon III n'a donc fait qu'exprimer une vérité aussi notoire qu'honorable, lorsqu'il a dit tout récemment : « La France donne en Europe l'impression de toutes les idées grandes et généreuses! » (Disc. prononcé à Dijon le 26 août 1860.) (*Note du traducteur.*)

plus usitée et presque universelle ; c'est elle qui, au moyen des conquêtes qui ont suivi sa grande révolution, a étendu son pouvoir ou son influence sur la majeure partie des États européens [1].

Mais à côté du type *français*, à côté des Codes nés du mouvement produit par la France, apparaît le type *germanique*, représenté par le Code de Bavière de 1813, moule dans lequel ont été formés la plupart des Codes allemands [2].

Le progrès de la science a mis en lumière les défauts de ces deux types, représentants symboliques de tendances contraires : l'école *utilitaire* et l'école *spiritualiste* exagérées ; mais ils peuvent, en se fondant, constituer la féconde unité qui devra inspirer et animer la nouvelle législation de l'Europe [3].

L'unité de législation correspond à une nécessité, à une tendance irrésistible de l'époque. Il y a en effet, à certains moments, des idées qui flottent dans l'air comme des effluves intellectuelles que des millions d'hommes paraissent respirer en même temps. Et toutes les fois que la Providence veut préparer le monde pour quelque grande transformation, on voit

[1] Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, etc.; Paris, Cotillon, 1860, t. I, p. 316 et suiv.

[2] « Le Code de Bavière a le rare mérite d'avoir, *seul* entre toutes les législations de l'époque, partagé l'honneur de la propagande dominatrice exercée par le Code pénal de l'empire français, avec cette différence que l'invasion de ce dernier Code s'est étendue sous l'irrésistible influence de nos armes, tandis que celle du Code Maximilien s'est produite par la propre force de son autorité scientifique. — Ainsi, tandis que l'Italie, la Sicile, la Hollande, la Belgique, les Provinces rhénanes, la Pologne, la Suisse, etc., recevaient des mains victorieuses de Napoléon notre Code pénal de 1810, les duchés d'Oldembourg, de Saxe-Weimar, le royaume de Wurtemberg, la Suède, et plus tard la Grèce et les cantons suisses de Saint-Gall et Zurich, etc., adoptaient *volontairement* les dispositions du Code de Bavière. » (Bonneville, *Comparaison des Codes criminels de France* (1810) *et de Bavière* (1813), art. inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1852, p. 616.)

[3] Aux aspirations de l'Allemagne vers cette *unité* se rattachent très-sensiblement les excellents travaux de Frederick Noller, *Die deutschen enheits bestxebungen im sinne nationaler Gesetzgebung und Rechtspflege* ; Leipsik, 1857 ; — de Krug, *Ideen xu einer gemeinsamen Strasgesetzgebung für Deutschland Erlangen*, 1857 ; — et de Plauk, *Systematische Darstellung des Deutscheustrasverfahrens auf Grundlage der neueren strasprozessordnuagen seit* 1848 ; Gœettingue, 1857 ; — et dans l'analyse du second publié par la Revue autrichienne, *Ostterreichische Vierteliarefschrist* de 1858, par le Dr Haimer.

régulièrement se produire ce phénomène d'une aspiration plus ou moins complète vers l'unité, soit par la conquête, par la langue, par la législation, par le prosélytisme religieux, par la navigation, par les découvertes géographiques; soit par la multiplication des relations des peuples. « Et cette tendance, dit Lamartine, est un des faits providentiels les plus visibles et les plus palpitants dans les résultats de l'histoire ! »

Lorsque la grande civilisation orientale des Indiens et de l'Égypte parut défaillir de vieillesse, et que Dieu voulut régénérer l'Asie et l'Occident par la chaleur d'une civilisation plus jeune et plus active, Alexandre partit des vallées de la Macédoine, et tout le monde connu, depuis l'Indus jusqu'aux extrémités de l'Europe, se prosterna devant la terreur et la gloire de son nom!

Lorsque la Providence voulut, dans l'Orient et l'Occident, préparer un auditoire immense au verbe propagateur du christianisme, elle étendit la langue, la domination, les armes de Rome et de César, des bords du golfe Persique aux montagnes de l'Écosse, unissant dans un seul esprit et dans une même servitude, l'Italie, la Gaule, l'Espagne, la Grande-Bretagne, la Sicile, la Grèce, l'Afrique et l'Asie!

Lorsque, plusieurs siècles après, elle voulut arracher l'Arabie, la Perse et ses dépendances à la barbarie, et faire prévaloir le dogme irrésistible de l'unité de Dieu sur l'idolâtrie et sur l'indifférence de ces régions lointaines et corrompues, elle arma Mahomet du *Koran* et du *sabre;* elle permit à l'islamisme de conquérir, en deux siècles, tout l'espace compris entre l'Oxus et le Tage, entre le Thibet et le Liban, entre l'Atlas et le Taurus; et dès lors, l'immense unité de l'empire correspondit à l'immense unité d'une idée!...

La monarchie universelle, établie par Charlemagne des deux côtés des Alpes, prépara, depuis la Scythie et la Germanie, le vaste lit dans lequel la civilisation chrétienne allait réunir et baptiser les barbares. Napoléon, conduisant comme Alexandre ses armées victorieuses sur le continent, et constituant pour un moment la grande unité de la France, bien qu'il pensât à fonder son propre empire, n'en a pas moins répandu les semences de la langue, des idées et des institutions de la révolution française, qui ont préparé la réforme du monde occidental *par le raisonnement* (*pelo raciocinio*).

De nos jours, toutefois, ce n'est plus par la conquête que le progrès s'opère, c'est par les pacifiques communications intellectuelles et commerciales entre tous les continents et tous les peuples. La science, qui utilise ces précieux échanges, est la gloire de tous. C'est elle qui est le vainqueur universel; elle, qui répand la plus complète unité, en assujettissant, par tous les moyens possibles, le globe sous un même lien d'union et d'homogénéité des hommes entre eux; moyens, du reste, si actifs et si évidents, qu'il est impossible de n'y pas découvrir un plan suprême de la Providence, et de ne pas en conclure qu'elle prémédite, pour nous et nos successeurs, un dessein encore occulte, dessein qu'elle prépare, à l'aide de la plus puissante des unités : *celle de la pensée*, et qu'elle devra achever dans l'avenir par quelque grandiose *unité d'action*. C'est là un pressentiment de l'esprit humain; mais ces pressentiments sont presque toujours des prophéties près de s'accomplir[1]!...

II.

Sous l'impression de ces idées, la commission a voulu imiter ce qui a été pratiqué dans le royaume de *Hanovre* en 1824, dans le grand duché de *Hesse-d'Armstadt* en 1831, et de *Bade* en 1836[2].

[1] Lamartine, *Vie des grands hommes : Héloïse, G. Tell, Guttemberg, Jeanne d'Arc, Christophe Colomb*, etc.; Paris, 1850, p. 255 et suiv.

[2] C'est le gouvernement de la Bavière qui, le premier dans ce siècle, a donné l'utile exemple de cet appel aux lumières des légistes nationaux et *étrangers*. Le grand Frédéric est le premier chef d'État qui, par la confection du Code criminel qui porte son nom, fit appel au concours des savants de tous les pays.

Le second exemple de cet appel au public a été donné par le duc Maximilien-Joseph, que Napoléon fit plus tard roi de Bavière. « Voulant mettre la « législation criminelle de ses États au niveau des progrès des sciences, de la « civilisation de la nation et de l'esprit du siècle, » il avait chargé le célèbre professeur Klinschrod, de préparer un projet de Code pénal sur des bases nouvelles. Ce projet rédigé avec une maturité extrême (dix-huit mois d'un travail assidu), puis revisé et amendé par deux éminents magistrats, MM. Schieber et Socher, s'est répandu en Europe; après quoi le gouvernement, à l'exemple du grand Frédéric, convia, par des prix considérables, tout le public pensant à l'aider de ses lumières et de son expérience dans les consciencieux efforts qu'il tentait pour *améliorer* la législation criminelle. Ce noble et loyal appel fut entendu. Tous les corps de l'État, les fontionnaires, les juriscon-

En vue de la confection du nouveau Code qui lui était imposé, elle a dû rechercher le concours des principaux criminalistes de l'Europe, afin d'être en mesure de présenter un travail qui approchât le plus possible de l'état actuel de la science, qui satisfît aux nécessités de l'époque et correspondît à la tendance désormais dominante chez toutes les nations. Des hommes blanchis dans l'étude de la législation ont daigné répondre à son *appel;* et la commission peut aujourd'hui exposer à Votre Majesté la première partie de son projet, à laquelle l'appréciation des hommes compétents a fait un accueil qu'elle n'osait espérer.

Bonneville de Marsangy, conseiller distingué de la Cour de Paris, nous écrivait dans sa réponse du 30 octobre dernier : « Je trouve votre projet très-complet et parfaitement déduit au point de vue philosophique. C'est un beau travail de droit pénal, le plus avancé, je crois, et le plus au niveau des progrès de la science. » Et il répétait dans celle du 28 novembre : « Cette première partie du projet me paraît une très-belle œuvre philosophique et scientifique, fort logiquement conçue et très-savamment combinée. C'est un véritable traité du droit pénal ; et si je le compare par mes souvenirs aux nombreux Codes promulgués jusqu'à ce jour, je crois qu'il constituera le monument de législation criminelle le plus satisfaisant et le plus progressif de l'époque..... Votre Code pénal, j'ose le prédire, obtiendra l'assentiment général ; il fera honneur à ses éminents rédacteurs, et sera digne de l'intel-

sultes, les savants nationaux et étrangers s'empressèrent d'adresser au gouvernement leurs observations sur le projet.

Tous ces documents, qui résumaient l'expérience des hommes les plus compétents du siècle, furent confiés au jeune criminaliste de Fuerbach, alors en grande réputation, avec mission de préparer un projet nouveau. — Fuerbach se mit à l'œuvre avec l'ardeur et le dévouement que comportait une si glorieuse tâche, et en septembre 1807 il déposait, entre les mains du roi Joseph Ier, son travail, fruit de trois années d'efforts et de méditations.

Une commission composée des notabilités de la magistrature et du barreau fut immédiatement réunie sous la présidence du ministre de la justice. Le projet de Fuerbach, amendé par cette commission, fut de nouveau publié.

Bientôt il fut soumis à une nouvelle commission. Notablement amélioré par elle, revu et perfectionné par le Conseil d'État, en présence du roi lui-même, ce projet fut enfin promulgué, le 18 mai 1813, à Munich. Il est devenu le célèbre Code *de Bavière,* qui a servi de type à presque tous les Codes d'Allemagne. (*Note du traducteur.*)

ligente et chevaleresque nation à laquelle il est destiné. »

La *Revue critique de législation et de jurisprudence* de 1859 écrivait au sujet du projet en question : « Ce projet, s'il est, comme on le suppose, définitivement adopté par l'Assemblée législative, constituera un des Codes les plus avancés et les plus perfectionnés qu'ait encore produits la science pénale [1]. »

Ortolan disait aussi, dans sa lettre du 24 novembre dernier : « J'ai déjà lu assez du travail de la commission pour reconnaître combien ce travail est mis en accord avec les principes les mieux arrêtés et les progrès les plus exactement constatés de la science moderne en fait de pénalité. »

Mittermaier écrivait également dans sa lettre du même mois : « J'ai étudié avec la plus grande attention le projet de Code, et ma profonde conviction est que ce projet est une œuvre de progrès qui fait grand honneur aux hommes éminents qui l'ont rédigée ; il fera la base d'une excellente législation et ne manquera pas de répondre aux intérêts de la justice, de la société et de l'humanité [2]. »

Malgré ces flatteuses appréciations de son travail et les éloges que lui ont décerné plusieurs autres criminalistes ; bien que, par suite de la même appréciation bienveillante, le gouvernement du Piémont ait cru devoir réclamer de la commission, non-seulement son projet [3], mais tous les documents qui avaient pu éclairer sa pensée ; nous avouerons avec franchise que notre projet était loin d'être encore irréprochable. Grâce à l'officieuse coopération des illustres criminalistes déjà cités, la commission a procédé à une nouvelle révision de son œuvre, afin de lui donner toute la perfection possible, et de satisfaire ainsi,

[1] *La Temi* de Florence (journal de législation et de jurisprudence) a, dans son n° 74 du 30 septembre 1859, reproduit cet éloge en ces termes : « Questo progetto, se come si suppone vivrà definitivamente adottato, costituirà, uno dei Codici più progressivi e più perfetti che abbia sin qui prodotto la scienza criminale. »

[2] Alors que ce rapport était déjà en voie d'impression, Mittermaier a publié dans le *Gerichtssaal* une importante analyse du projet, sous le titre *Der Entwurf des revidirten strafgesetzbuchs für das Königresch Portugal von* 1859 *und das darin enthaltene Gesetz über Gefängnisseinrichtung*, p. 209 à 224, dans laquelle le travail de la commission est apprécié de la manière la plus flatteuse.

[3] Huit exemplaires du projet, réclamés par S. exc. M. l'ambassadeur de Sardaigne à Lisbonne, ont été remis à ce diplomate pour être transmis à son gouvernement.

autant qu'il était en elle, aux désirs manifestés par ces mêmes jurisconsultes, dont les éloges l'avaient tant encouragée. « Je voudrais (disait l'un d'eux) qu'un Code aussi maturément préparé, et qui doit avoir une si notable influence sur les progrès de la science pénale, eût, autant que possible, le cachet d'une perfection absolue [1], »

C'est le résultat de ce travail de révision que la commission vient aujourd'hui présenter à Votre Majesté dans cette NOUVELLE ÉDITION de la première partie du projet de Code pénal. Elle en prend occasion d'exposer en traits rapides quelques-unes des principales considérations qui ont motivé les changements, modifications et innovations introduits dans son travail.

§ 1. — *Système cellulaire.*

Elle commence par déclarer, qu'en ce qui touche le système d'emprisonnement, elle persiste dans la *séparation continue* (*cellular continuo*), et ce nonobstant les raisonnements et les idées de l'illustre ministre de la justice qui avait formulé un système mixte [2]. Elle y persiste, non-seulement parce qu'on n'a nullement détruit les raisons qui ont déterminé sa préférence, mais encore parce que les criminalistes qui ont bien voulu l'aider de leurs lumières considèrent le système cellulaire comme un des points du projet qu'ils ont le plus approuvé.

Bonneville, dans ses observations sur les articles 124 et suivants, s'exprime ainsi : « Je vous félicite d'avoir si fermement discuté dans votre rapport et consacré par les articles 124-136, à l'encontre des philanthropes de tous les pays, la grave question du régime cellulaire. Il n'est pas de thèse sur laquelle on ait plus longuement et plus obscurément divagué. Vous avez ramené la question à ses vrais termes..... Du moment que l'un des buts de la peine est l'amendement, il faut amender. Or, on ne peut le faire en laissant les condamnés (natures perverses, passionnées ou faibles) en contact avec le mal. Vous ne les ramenez à l'état de santé morale qu'en les maintenant dans un air pur où ils ne puissent recevoir que des impressions honnêtes et salutaires. Il n'y a donc d'amendement à espérer qu'avec le

[1] Bonneville, *Lettre du 18 novembre 1859.*

[2] M. Ferrao, ministre de la justice à Lisbonne, avait proposé aux Chambres un projet de loi pénitentiaire, conçu d'après les principes du système d'Auburn. Ce projet n'a eu aucune suite.

régime cellulaire; et vous avez organisé ce régime dans des conditions de réserve, de prudence et d'humanité, qui devront lui assurer un succès complet..... Ce n'est pas tout; vous avez eu le courage, malgré les vieux préjugés voltairiens, d'adopter le seul élément radicalement réformateur des mauvais penchants, la religion! etc. »

Mittermaier n'est pas moins explicite dans sa lettre du 30 novembre dernier : « La section 3 du projet sera accueillie avec la plus grande satisfaction; vous adoptez le régime de l'isolement absolu, que je reconnais comme le seul moyen de préparer la régénération morale des prisonniers; et les dispositions des articles 124-132 prouvent que la commission a très-bien saisi les vrais besoins d'une bonne organisation des prisons, en présentant en même temps les moyens les plus efficaces à la régénération morale [1]. »

La commission donc, en vertu de toutes ces considérations et tout en respectant les opinions contraires, a cru devoir persister dans ses idées. Ces idées, du reste, viennent d'être approuvées par la commission de révision du Code pénal de Belgique, à tel point qu'après avoir fait un rapide exposé de tous les systèmes, elle conclut en ces termes : « Nous n'hésitons pas à proposer l'adoption du système de séparation individuelle, appliqué à tous les degrés d'emprisonnement [2]. »

Et il n'en pouvait être autrement. En effet, le système *mixte* doit être proscrit à raison même de la combinaison qui lui sert de base. Alors que personne ne doute des déplorables effets de la réunion des condamnés [3], difficilement on conçoit com-

[1] Dans l'analyse précitée du projet qu'a publié le *Gerichtssaal*, Mittermaier dit, p. 209 à 224, que cette partie est la plus importante du projet et qu'elle a sur toutes les législations l'avantage : « *Der wichtigste Theil des Entrourfs « is der von der Vollstrechung der strafen; die Durchführung des Besser- « ungs. Princips ist darin auf eine Weise bezweckt, wie sie noch in keinem « gesetzbuche sich findet.* »

[2] Haus est le rapporteur de cette commission dont M. Fernelmont est le président. A toutes ces autorités vient se joindre, avec le poids de sa parole, l'illustre conseiller de la Cour de cassation, M. Renouard, qui, dans un récent travail intitulé *Du droit criminel*, Paris, 1860, après avoir parlé des systèmes mixtes, conclut en ces termes au sujet du régime cellulaire : *Il se recommande par d'imposants suffrages et par des expériences favorables.*

[3] Tout récemment, à l'audience du 24 mai 1860, M. le conseiller Bonneville de Marsangy, président des assises de la Seine, s'exprimait ainsi dans son résumé de l'affaire Ghio, Petament et autres (bande de dix-neuf voleurs),

ment on approuverait un régime qui, après avoir *séparé* les condamnés pour les soustraire à leur mutuelle corruption, les expose ensuite à tous les périls de la vie *commune*, détruisant ainsi, en quelques heures, tout le bien précédemment opéré par l'isolement, et cela, en vue d'une illusion funeste, depuis longtemps condamnée par l'expérience. L'idée d'isoler durant quelque temps le condamné dans une cellule, de lui concéder ensuite des communications limitées avec *ses codétenus*, et de le faire bientôt après rentrer dans la vie *commune*, n'est pas nouvelle. Elle ne l'était déjà pas lorsqu'elle fut proposée en France par le projet de loi qu'adopta la Chambre des députés dans sa session de mai 1844; puis sanctionnée, dans le grand duché de Bade, par la loi du 6 mars 1845; puis enfin reproduite en 1846, au congrès de Francfort, par Aubanel, le célèbre directeur du pénitencier de *Genève*. Il y a bientôt cinquante ans que ce système a prévalu à *Richemont*, dans la Virginie, et qu'il a été presque réalisé en Angleterre, dans le pénitencier de Gloucester. Il y a trente ans qu'on l'a appliqué dans celui de Mill-Bank, à Londres. Mais tous ces essais, bien que tentés par des hommes habiles et dans les localités ou les conditions les plus favorables, ont complétement avorté, suivant le témoignage unanime des directeurs et chapelains de ces prisons [1].

§ 2. — *De la transportation.*

La commission toutefois n'a pu, à cette occasion, s'empêcher

inculpés de quatre-vingt-onze chefs de vols qualifiés : « Vous avez pu remarquer, MM. les jurés, que les accusés sont tous dans la force de l'âge (vingt à trente ans),; la plupart ayant reçu de l'instruction, quelques-uns ayant même infiniment d'intelligence ; que tous avaient un métier, qu'aucun d'eux ne l'exerçait. Pourquoi cela? C'est parce que tous (dix-sept sur dix-neuf) sont des repris de justice, qui avouent *s'être connus et liés en prison*. Or, tandis que les honnêtes gens s'associent pour les travaux qui font le bien-être et la gloire du pays, eux ont mis en commun leur perversité, eux se sont *associés* pour le crime, afin de se livrer avec plus de succès et de sécurité à leurs mauvaises passions, afin d'exploiter et de braver la société, qui les avait justement frappés pour leurs précédents méfaits. *Ces dangereuses associations entre les anciens repris de justice sont la meilleure réponse aux théories philanthropiques qui ont fait abandonner parmi nous les salutaires et indispensables garanties du régime cellulaire.* »

[1] *Débats du congrès de Francfort*, p. 114 et suiv.; V. à la page 55 l'importante déclaration de Ferrière, chapelain de la prison de Genève, sur les inconvénients, le péril et la complète inefficacité du système mixte.

de reconnaître que la *prison perpétuelle* semble incompatible avec le régime cellulaire. En conséquence, elle a ajouté à l'article 117 une disposition en vertu de laquelle seront transportés, dans les colonies pénales, les condamnés aux peines perpétuelles qui auront subi en cellule le maximum de l'*isolement temporaire*. Obligés de céder à une nécessité absolue, nous avons, dans ce cas, préféré la transportation au système du Code hollandais de 1847, qui, au terme de cet emprisonnement cellulaire, soumet les condamnés *au travail en commun dans la prison même;* combinaison, qu'on retrouve dans le projet de la loi belge, présenté à la Chambre des représentants le 2 décembre 1844.

La commission croit que c'est ici le lieu de donner quelques explications sur les peines perpétuelles qu'elle a conservées dans le projet.

§ 3. — *Des peines perpétuelles.*

Déjà, au temps de Beccaria, la justice et la convenance de ces sortes de peines fut l'objet de vives controverses. Et cependant elles n'en ont pas moins été conservées dans presque toutes les législations modernes.

Que si, dans son enthousiasme pour la réforme pénale, l'Assemblée constituante française avait, en 1791, décrété « qu'à « l'avenir l'emprisonnement n'excéderait jamais vingt-quatre « ans; » depuis lors, la nécessité de la perpétuité a été reconnue et constatée tant dans la discussion du Code de 1810 que dans celle de la loi de 1832[1]. Elle l'a également été, en Allemagne, par toutes les législations existantes[2]; et elle est, en général, admise par tous les auteurs[3]. Quelques-uns sans doute (et entre autres le criminaliste Henke[4]) se sont ouvertement prononcés contre la perpétuité des peines; et ils sont parvenus à faire admettre cette doctrine dans le projet du Code pénal de

[1] Chauveau, *Code pénal progressif.*

[2] Mittermaier, *Des peines perpétuelles*, dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, t. IV, p. 21 et suiv.

[3] Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 119 et suiv. — Haus, *Observations sur le projet de rescision*, t. I, p. 119; etc.

[4] *Handbuch des criminal Rechts*, t. I, p. 436.

Bolivie[1] et dans celui de Frey[2]; mais les arguments sur lesquels se fonde cette opposition perdent toute leur force, par la raison que, dans l'état présent de la science pénale, la question de la légitimité des peines perpétuelles est devenue une sorte de non-sens.

Et, en vérité, dès que la loi consacre ce principe *que l'amendement du coupable doit faire cesser la peine*, principe professé par Marquet-Vasselat[3], Obermaier[4] et Bonneville[5], et dès que la commission admet ce principe par l'article du projet qui établit la théorie de la *libération préparatoire*, il n'y a réellement plus de *peines perpétuelles*; mais seulement des peines, dont la plus ou moins longue durée dépend de l'amendement du condamné; peines qui, par ce motif même, ont reçu dans le projet le nom de peines *à temps indéterminé*. C'est, du reste, le système adopté soit à Genève, par l'article 41 de la loi sur le régime pénitentiaire, soit à Zurich, par les articles 38 et 39 du Code pénal, aux termes desquels la peine cesse après vingt années pour tous les condamnés *qui ont fait preuve d'amendement*[6]. Enfin, c'est le système qu'approuvait Mittermaier lorsqu'il écrivait : « Nous l'avons déjà dit, une condition essentielle de réforme dans l'application de ce genre de peines, c'est que le condamné à perpétuité conserve l'espoir fondé de voir, au moyen d'une bonne conduite, abréger la durée de sa détention par voie de grâce[7]. »

§ 4. — *De la monomanie.*

Le projet avait établi en principe que la loi n'exemptait de toute responsabilité les monomanes que pour les actes qui se-

[1] La plus longue peine qu'il admet est celle des travaux pour quatorze années.

[2] Publié à Berne, en 1835, sous ce titre : *Projet de législation criminelle républicaine.*

[3] *Examen historique et critique des diverses théories pénitentiaires*, t. III, p. 466.

[4] Inspecteur de la prison centrale de *Kaiserslautern*, dans la Bavière rhénane, dans son ouvrage *L'amendement complet des criminels détenus dans les maisons de correction.*

[5] *De l'amélioration de la loi criminelle*, chap. *De la libération préparatoire.*

[6] Bonneville, *loc. cit.*

[7] *Loc. cit.*

raient la conséquence *directe* de la monomanie. On a, depuis, jugé plus prudent d'éliminer cette disposition; on a considéré que, dans l'état actuel de la médecine mentale, il est dès à présent incontestable que certains faits, bien que ne provenant pas directement de la monomanie, peuvent cependant n'être pas imputables à l'individu[1]. C'est là une des importantes observations que la commission doit à Mittermaier[2]. L'influence ou la réaction d'une faculté affectée sur les autres facultés, comme la nature ou la portée du lien réciproque qui les unit, sont des questions très-graves que le législateur ne saurait décider *à priori*, mais qu'il doit, dans chaque hypothèse spéciale, abandonner à la décision d'habiles médecins[3], se bornant quant à lui à poser le principe qu'il n'y a d'imputabilité qu'autant qu'il y a libre exercice de l'intelligence et de la liberté, comme l'exprime l'article 67, n° 1. Ajoutons que si autrefois la jurisprudence ne voulait pas reconnaître la *monomanie* comme une véritable affection mentale devant nécessairement entraîner ses effets juridiques, et si, par suite, on a vu maintes fois confondus dans les prisons de nombreux aliénés avec les criminels, comme le démontre la statistique publiée par Vingtrinier[4], nous ne devons pas nous exposer à tomber dans cette erreur en formulant une règle qui, si elle est vraie dans quelques cas, peut être fausse dans beaucoup d'autres.

§ 5. — *Des circonstances aggravantes et atténuantes.*

En ce qui touche les circonstances aggravantes et atténuantes, objet du chapitre VI, il nous a paru convenable de changer la classification adoptée et de la réduire à trois catégories se rapportant à *l'état moral du délinquant*, à *l'alarme causée à la société* et *au dommage fait à la partie lésée*[5]. Ce nouveau sys-

[1] L'expression même *monomanie* semble inexacte eu égard à l'état actuel de la science. V. à ce sujet les importants travaux de Morel : *Études cliniques*, Paris, 1851-1852, t. I, p. 411; et le *Traité des maladies mentales*, Paris, 1860, p. 483.

[2] *Der Entwurf des revirdirten strafgesetzbuchs für das Königreich Portugal*, et dans le *Gerichtssaal* de 1860, p. 217.

[3] Brierre de Boismont, *Annales de médecine légale*, t. L.

[4] *Des aliénés dans les prisons et devant la justice* (*Annales de méd. lég.* de 1852, t. XLVIII).

[5] V. à l'Appendice, v° *Des circonstances aggravantes et atténuantes*, les observations de M. le conseiller Bonneville, qui ont motivé l'abandon du

tème, outre le mérite d'une plus grande simplicité (l'ancienne classification convenait mieux à un livre de doctrine), a surtout l'avantage de mettre ce chapitre en complète harmonie avec les dispositions de l'article 95 sur le mode d'appliquer la peine au cas de circonstances aggravantes et atténuantes, dispositions qui présupposent une division en *trois catégories*.

§ 6. — *De la récidive.*

La commission n'a pas adopté la théorie de M. de Gaujal, premier avocat général près la Cour impériale de Paris, sur l'application des peines aux récidivistes, alors qu'il existe des circonstances atténuantes [1]. Cet honorable magistrat voudrait que les récidivistes fussent *toujours* privés du bénéfice de ces circonstances. Cette mesure lui paraît indispensable pour la plus efficace répression des récidives. Mais la commission a cru devoir repousser cette théorie qu'elle ne trouve ni convenable, ni prudente, ni juste. Elle a préféré suivre en ce point les idées développées par un honorable conseiller de la même Cour, M. Flandin, dans son remarquable article *De la mansuétude dans les lois et dans les jugements en matière pénale* [2].

L'accroissement des récidives qui provoque l'attention des criminalistes, des législateurs et des moralistes, présente un trait singulier, qui ne peut être apprécié que par l'examen intime et philosophique de l'accroissement de perversité. Sans accuser la civilisation, il est malheureusement vrai qu'on voit se produire, au sein même de cette civilisation, un notable phénomène de dépravation. A mesure que la rudesse des mœurs s'efface, la corruption du cœur diminue d'*intensité;* mais elle augmente en *extension*. L'intensité des grands crimes diminue; mais la multiplication des crimes moins graves s'accroît dans une progression constante. Les récidives n'ont pas cédé aux efforts combinés de la civilisation et de la répression. Et dès lors nous ne devons pas craindre de persister dans l'emploi de

système admis dans la première édition du projet, et la substitution du système nouveau, sous tous les rapports plus rationnel, plus simple et plus pratique. (*Note du trad.*)

[1] Discours prononcé à la rentrée de la Cour impériale de Paris; Paris, 1859.

[2] Publié dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, au mois de novembre 1859, en réponse au discours de M. de Gaujal.

cette double action pour parvenir à les vaincre (*para as debellar*); mais la rigueur de M. de Gaujal ne produirait pas l'effet désiré; refuser aux récidivistes le bénéfice des circonstances atténuantes et leur appliquer toujours le *maximum* de la peine, serait une rigueur excessive contre laquelle la propre opinion de M. l'avocat général se révolterait [1].

Le remède contre la progression des délits n'est pas dans cette disposition exceptionnelle, qui ne permettrait pas de tempérer la gravité de la récidive par les atténuations que l'accusé pourrait produire en sa faveur. Ce remède est principalement dans la moralisation du peuple qui ne repousse pas les délits moins graves avec une horreur égale à celle que lui inspirent les grands crimes [2]. C'est là que doivent tendre les efforts du gouvernement et de la société; et si, en suivant cette voie, nous parvenons à la diminution progressive du nombre des délits, nous aurons obtenu un grand triomphe; car, comme l'a dit un illustre prélat [3], « les victoires dignes d'admiration ne sont pas seulement celles de Marathon, de Salamine, de Pharsale, de

[1] « Le Code impérial de 1810 avait dit : les récidivistes seront *toujours* punis d'une aggravation forcée. Il y avait là peut-être exagération, en ce sens que les crimes ou délits ultérieurs peuvent être infiniment moindres, et que le législateur doit tenir compte de cette décroissance de perversité. Mais n'est-on pas tombé dans l'exagération opposée en permettant l'atténuation *illimitée*, même au cas de récidive; et cela quels que soient le nombre, la nature et la gravité des crimes et délits nouveaux? Il eût été facile, *sans interdire absolument l'atténuation*, d'en *limiter* la mesure, de façon à concilier l'intérêt de l'humanité avec le respect des lois pénales et les exigences de la sécurité publique. Ce système de répression des récidivistes est, à nos yeux, la pierre angulaire de tout l'édifice pénal. » (Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, p. 592.)

Ce système mixte est celui qu'a adopté le projet. (*Note du traduct.*)

[2] Lorsque l'Institut national de France proposa au concours, en 1797, cette question : Quels sont les meilleurs moyens de fonder la morale d'un peuple? Destutt de Tracy répondit dans un remarquable mémoire : « *C'est un bon Code criminel!* » On ne peut, en effet, méconnaître qu'il n'y ait dans l'influence du droit criminel une véritable influence morale. Mais nous n'admettons pas ce fait dans les termes si exclusifs qu'a posés l'idéologue français. — (Dans son travail, Destutt de Tracy n'a pas entendu renfermer toute la morale dans le cercle étroit du Code criminel, il a seulement, par l'exagération même de sa réponse, fait comprendre, dans un temps d'anarchie, l'action capitale qu'une bonne loi criminelle pouvait exercer sur la morale d'un peuple.) (*Note du traduct.*)

[3] Mgr Pavy, évêque d'Alger, dans ses *Lettres sur le célibat ecclésiastique*, etc.; Alger, 1851.

Lépante, de Marengo et d'Austerlitz; le plus beau champ de bataille a toujours été le cœur humain; les plus beaux trophées, par cela seul qu'ils sont purs et pacifiques, sont ceux de l'homme qui triomphe dans l'attaque des mauvaises passions. »

Quelque gravement impressionnés que nous soyons par le nombre considérable des récidives [1], il est toutefois nécessaire de ne pas perdre de vue le principe de la *proportion des peines* : « La justice a désormais dans sa balance des mesures parfaite- « ment égales de sévérité et d'indulgence; elle peut, suivant la « culpabilité dans toutes ses innombrables et délicates variétés, « descendre ou s'élever avec elle, depuis l'absolution qui est le « zéro de la criminalité, jusqu'à la peine capitale qui est le « dernier terme de la répression; elle peut même dans certains « cas, par une sorte de contradiction apparente, pesant d'une « main les circonstances *aggravantes* et de l'autre les circon- « stances *atténuantes*, rétablir ou conserver toujours l'équitable « et vraie proportion entre le délit et le châtiment. Gardons- « nous de compromettre cette théorie des circonstances aggra- « vantes et *atténuantes*, une des plus belles conquêtes de la « philosophie moderne! Après une longue suite d'efforts et de « luttes, notre orgueilleuse civilisation n'a fait que ressusciter « de ses cendres ce précepte du Deutéronome : « *Pro mensurâ* « *peccati erit et plagarum numerus !* » Règle éternelle de raison « et de justice, qui restitue à la conscience des juges toute la « plénitude de sa liberté [2]. »

C'est assez dire que la commission est bien loin d'approuver la doctrine de Carnot [3], soutenue en Italie par Carmignani [4], en Allemagne par Gesterding [5], et plus récemment en France par Alauzet [6], doctrine énergiquement combattue par Bonneville [7],

[1] Sur les causes et remèdes de la progression des récidives, V. Bonneville, *De la progression des récidives, causes et remèdes*, art. publié dans la *Gazette des tribunaux* de Paris, nos 9982 et 9983 des 28, 29 et 30 mars 1859.

[2] Bonneville, *De la récidive*, t. I, p. 20 et suiv.

[3] *Commentaire du Code pénal sur l'article* 56, n° 1.

[4] *Elementi di diritto criminale*, n° 248.

[5] Neu. Archiv., *Des criminalrechts*, t. V, p. 481.

[6] *Essai sur les peines*, p. 81.

[7] Bonneville, *De la récidive*, t. I, p. 144 et 185 et *passim*.

et d'après laquelle la récidive ne mériterait aucune aggravation spéciale, mais seulement l'aggravation commune [1].

(*La suite à la prochaine livraison.*)

RÉFLEXIONS

SUR LE CUMUL DE LA QUOTITÉ DISPONIBLE ET DE LA RÉSERVE,

DANS LE CAS DE RENONCIATION A LA SUCCESSION, PAR UN DONATAIRE EN AVANCEMENT D'HOIRIE.

Par M. Gustave Barssolles, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Toulouse.

I.

Nous venions de lire dans le *Répertoire périodique de l'enregistrement* de M. Garnier (art. 1276) un article de notre cher collègue et ami, M. Gabriel Demante, sur la célèbre théorie du *Cumul de la quotité disponible et de la réserve en cas de renonciation à succession par le donataire en avancement d'hoirie*, et nous nous disposions à signaler cet excellent morceau à l'attention d'un public plus nombreux et moins spécial que celui auquel s'adresse le *Répertoire*, lorsque nous avons reçu, pendant les vacations, le 8e-9e cahier du *Recueil de Sirey*, et sa lecture nous a confirmé dans l'intention d'appeler, à notre tour, les réflexions des jurisconsultes sur cette interminable controverse. Ce cahier contient, en effet, *sept* arrêts de Cours impériales, rendus en sens divers sur la question, dont *deux* seulement dans le sens de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. L'arrêtiste accompagne cette publication de la note suivante : « Nous avions ajourné l'insertion de quelques-unes des décisions ci-dessus dans l'espérance d'un arrêt des chambres

[1] Il est remarquable que dans les États où l'influence du droit romain a été nulle ou peu sensible, on ne voit apparaître dans les premiers temps aucune aggravation légale pour le cas de récidive. Dans le Danemark, par exemple, les lois de Jutland furent les premières qui punirent la récidive ; circonstance dont le législateur ne tient nul compte jusqu'au XIIIe siècle. V. Kolderup-Rosenvinge's, *Grundriss der dænischen Rechtsgeschichte*, p. 224.

« réunies de la Cour suprême, toujours prochainement annoncé « et qui, par différentes raisons, se fait encore attendre. » Cet espoir peut n'être pas entièrement déçu, car au nombre des *cinq* arrêts qui ne se rendent pas à la jurisprudence de la Cour de cassation, celui de la Cour de Bourges a été rendu sur renvoi, le 14 juin 1860, et il se peut bien que les délais du pourvoi ne soient pas encore expirés depuis sa signification; s'il en était autrement ou si les parties, toujours plus sages dans leur intérêt, avaient mis fin à leurs débats de famille par une transaction, la question conserverait toute sa gravité de controverse, et l'on nous permettra d'apporter notre mince tribut aux éléments dont elle s'alimente. Il nous semble d'ailleurs que, quand même un arrêt plus ou moins prochain des chambres réunies devrait intervenir, il est utile, quelle qu'en doive être la décision, d'insister sur un point de doctrine si ardu, afin d'appeler, pour sa solution, l'autorité du législateur lui-même. Personne plus que nous ne professe de respect sincère pour les interprétations que la Cour suprême donne à nos lois, après mûr examen et savante discussion; mais, outre qu'elle peut aussi quelquefois se tromper, ce qu'elle a reconnu elle-même en se déjugeant dans plusieurs occasions solennelles, nous voyons plusieurs inconvénients à donner aux arrêts des chambres réunies une autorité tellement grande qu'on ne discute plus après eux et que la cause soit finie. On fausse ainsi la mission de la jurisprudence; on oublie le caractère toujours *relatif* de la chose jugée; on se rend par lassitude, et l'on ressuscite les *arrêts de règlement*, en leur donnant une étendue territoriale d'autorité qu'ils n'avaient pas autrefois, sans pouvoir leur attribuer une force obligatoire qui usurperait sur le domaine de la loi. Aussi peut-il arriver que, malgré une telle décision, il se trouve un plaideur peu disposé à l'accepter, une Cour impériale en dissidence d'interprétation avec la Cour suprême, et celle-ci pourra bien, non liée par ses précédents, revenir loyalement à une meilleure solution. On s'était pourtant habitué, dans la vie pratique, à régler ses affaires suivant la jurisprudence des chambres réunies, et combien de familles seront désormais ébranlées dans les conditions matérielles de leur établissement! Ceci nous amène à réclamer l'intervention de la loi pour mettre fin sur ce point et sur quelques autres d'un intérêt journalier et important à de fâcheuses controverses; il ne faut pas, sans doute, faire trop

facilement intervenir le Dieu pour amener le dénoûment; mais lorsqu'après trente ou quarante années de débats, les hommes, usant de leur droit de discussion sur les choses humaines, n'ont pas pu s'entendre, il faut bien que la paix s'impose : mieux vaut une solution, même non unanimement approuvée, mais positive, que cette hésitation interminable dont tout le monde souffre; la question *d'adoption de l'enfant naturel reconnu*, celle de la *possession d'état comme preuve de la filiation naturelle*, *l'interprétation de l'article* 1094, sont dans ce cas; enfin notre *Question du cumul*, à laquelle nous revenons, devrait être finalement résolue par voie d'interprétation législative; ainsi fit-on, le 21 juin 1843, pour la *forme des actes notariés*, et l'on ne s'en trouve pas plus mal.

II.

Notre intention n'est pas, on le comprend, de revenir sur tous les détails de la discussion qui s'est élevée sur l'article 845 du Code Napoléon, mais seulement d'insister sur quelques considérations qui nous paraissent vraiment majeures; on nous pardonnera de parler sans accompagner nos réflexions de citations précises et de nous en tenir, sous le rapport des renvois que nous ferons aux arrêts et aux auteurs, à des indications simplement générales : nous écrivons à la campagne et sans nos livres; mais cela sera sans influence sur le fond des réflexions que nous désirons présenter.

III.

Nous conviendrons volontiers que, dans l'état actuel de l'opinion, la majorité des Cours impériales et surtout des auteurs, est contraire au *cumul*, tel que la Cour de cassation l'admet aujourd'hui; néanmoins il ne nous en coûte point de nous ranger avec la minorité. Quoiqu'il soit peu séant, en général, de parler de soi, et que nos lecteurs actuels soient naturellement peu soucieux de savoir comment nous sommes arrivé, malgré la nature spéciale de nos fonctions, qui nous attachent surtout aux études théoriques, à nous séparer de la majorité de nos collègues, il ne nous paraît pas inutile de l'expliquer; les mêmes aperçus qui ont amené les évolutions que notre doctrine personnelle a suivies donnent en effet, suivant nous, la clef des variations de la jurisprudence, et la variété des points de vue

où l'on se place pour résoudre la question explique les oscillations de l'opinion : le tout est donc de choisir le véritable et de s'y tenir. Or nous n'avons abouti à admettre le *cumul* qu'après avoir exactement suivi la même route que la Cour suprême. Dans le principe, et avec la ferveur de la jeunesse, nous ne trouvions rien de simple et de clair comme la doctrine *absolue* de l'arrêt *Laroque de Mons*, et lorsqu'en 1836, nous écrivions notre thèse pour le Doctorat, nous nous permettions de ne pas comprendre qu'on pût penser autrement : le texte de l'article 845 si formel, le système de la réserve tel que le Code civil l'a organisé, l'effet entièrement dévestitif de la renonciation, enfin l'accroissement virtuel de la part abandonnée en faveur des acceptants, tout cela nous paraissait décisif, et, d'un trait de plume, nous faisions volontiers table rase du passé. C'est ainsi qu'on raisonne à vingt ans et quand on ne se préoccupe que de la *théorie pure*. Plus tard, la *pratique* aidant, comment ne pas être frappé de l'échec que cette opinion fait subir au pouvoir régulateur du père de famille, en substituant radicalement le don fait au renonçant, qu'on assimile totalement à un étranger, aux libéralités préciputaires que le défunt avait pu faire. Alors le système de *l'imputation*, adopté par l'arrêt du 17 mai 1843, nous parut tout concilier, et nous avouerons même que si la loi était à faire, ce système nous sourirait grandement. La question se divisait alors : s'agissait-il de fixer le *quantùm* à retenir par le renonçant, le *texte* de l'article 845 était respecté; s'agissait-il ensuite de déterminer si ce *quantùm* retenu devait l'être au préjudice du don préciputaire, on commençait par *l'imputer* sur la *réserve* du renonçant; le surplus seul entrait en lutte, selon les dates, avec le donataire avantagé; sage transaction dans le fait; la théorie cède en partie aux équitables exigences du gouvernement domestique; mais la concession est considérable; car, dès ce moment, le renonçant n'est plus *assimilé à un étranger*, et l'accroissement est bien modifié. Que devient, hélas! la nature de la réserve, cette *quota hereditatis?* On retient, quoi qu'on dise, une partie de la *réserve sans être héritier*, et la quote disponible est calculée en comptant le renonçant! Mais alors pourquoi s'arrêter là? La Cour de cassation ne l'a pas cru et ce n'est pas arbitraire; nous avons fait comme elle; toutes les raisons qui militent en faveur du *système de l'imputation* sont applicables, en bonne logique, à la pre-

mière branche de la question, et nos pères, qui n'étaient pas des sots, nos pères du Nord et du Midi, avec les systèmes divers de légitime, avec les Coutumes et le Droit écrit, avaient admis le cumul, en se bornant, quand cela était nécessaire pour éviter d'être en contradiction avec le système général de la délation héréditaire, à constater que la situation *exceptionnelle du renonçant pour s'en tenir au don* devait être réglée par une solution *exceptionnelle aussi*. Or, selon nous, c'est là le vrai mot de l'énigme. Pourquoi vouloir régler une position *complexe*, où tout doit tendre à concilier les divers droits et intérêts en jeu, par des dispositions qui ne sont faites que pour les cas ordinaires et sans complication? Tout pesé, il nous a paru que la Cour de cassation fait actuellement le mieux sa part à chaque exigence, et, comme rien ne vient contrarier, dans les travaux préparatoires du Code, la solution analogue que l'ancien droit donnait à la question, sur laquelle l'article 845 prouve que le nouveau législateur a voulu s'expliquer, nous pensons que l'interprétation la plus sage est de donner à cet article un sens qui concorde avec les anciennes doctrines. L'argument historique et la meilleure harmonie pratique entre les attentes légitimes des divers membres de la famille, telles sont, en deux mots, nos raisons décisives d'adhésion à la jurisprudence nouvelle.

Les travaux si soignés et si consciencieux de notre bon collègue, M. G. Demante, ont fortement influé sur notre esprit, qui a également puisé de précieuses lumières dans de fréquentes conférences verbales, durant lesquelles nous avons combattu pied à pied. Nous prions qu'on relève, dans la *Revue critique* de 1852, les divers articles qu'il a successivement publiés pour élucider surtout le côté historique de la question; mais nous recommandons particulièrement l'article qui nous a suggéré l'idée d'écrire celui-ci et qui a été inséré dans le *Répertoire périodique de l'enregistrement*. M. Demante semble y traiter la question en courant et comme pour résumer les débats; mais tout l'essentiel s'y trouve. Dans un premier chapitre, l'auteur montre avec netteté que si, au point de vue de l'équité naturelle, on doit tenir compte de trois intérêts fort respectables, il ne faut, pour ainsi dire, les respecter que dans *l'ordre suivant* : 1° droit acquis à l'enfant donataire; 2° liberté du père de famille dans les limites de la quotité disponible; 3° égalité des partages entre frères et sœurs. Le chapitre second résume avec

clarté et exactitude la solution de l'ancien droit, et le chapitre troisième montre que *les textes* et *l'esprit* du Code Napoléon, loin de répugner au maintien de cette ancienne solution, s'y prêtent on ne peut mieux. Nous ne pouvons transcrire cette démonstration; nous y renvoyons.

IV.

Nous insistons d'abord pour que l'on revoie de près l'argument historique, rapproché du silence des travaux préparatoires. Il est impossible qu'un changement à l'ancien régime ait été aussi radical qu'on le prétend, sans qu'il ait été annoncé, discuté, et sans qu'il y en ait d'autre preuve que la simple énonciation de l'article 845, dont le texte n'est pas si clair, puisque, dès son origine, il a été tourmenté. On ne peut pas éviter la force du précédent historique, en disant que les motifs qui avaient fait introduire l'article de la coutume de Paris n'existent plus, sous l'empire du Code, où le préciput est formellement autorisé; car, d'une part, il n'est pas très-sûr que la rétention du don, malgré la renonciation et *sauf la légitime des autres héritiers*, n'ait eu pour cause que le dessein d'éluder la prohibition de préciput, puisque cette faculté était admise même dans les coutumes de préciput. D'autre part, quelle qu'ait pu être l'origine de la disposition des coutumes, il n'est pas moins certain qu'à l'exception des rares pays d'*égalité parfaite*, la rétention avec cumul était, avant la révolution, le droit *commun* Coutumier, comme celui des pays de Droit écrit. Or c'est cet état de la législation qui est pour nous le véritable précédent historique auquel il fallait déroger nettement; car où irait-on s'il fallait remonter dans les origines historiques des institutions? Certes, nous respectons et nous aimons la méthode historique d'interprétation des lois, et ce n'est pas d'aujourd'hui que nous l'avons préconisée (V. *Revue de législation*, année 1838, t. VIII), mais il faudra être ici fort prudent; et parce qu'on pourra découvrir chez les Germains ou même chez les Gaulois quelques traces d'institutions analogues à celles que nous possédons, il n'en faut pas conclure qu'il faille les appliquer et les expliquer comme ils l'eussent fait eux-mêmes. L'argument historique reste donc en son entier, en rattachant l'article 845 à la législation *immédiatement antérieure* à la Révolution.

Parmi les cinq arrêts contraires au cumul, rapportés dans le

cahier de Sirey (8e et 9e), les uns ne s'occupent point du passé, ce qui est fort commode ; les autres triomphent, en disant que le système du Code Napoléon sur la réserve est différent de celui du droit romain ou du droit écrit sur la légitime qui était attachée à la simple qualité d'enfant, ce qui n'est pas contesté, mais ce qui ne prouve rien, puisque le cumul était également admis en pays coutumier, où la légitime n'était, en thèse générale, attribuée qu'à *l'héritier*. Il n'y a que les Cours de Colmar et de Bourges qui ont voulu s'occuper directement de l'argument tiré de l'ancien droit. La première a cru pouvoir décliner la force du précédent en affirmant *que le Code civil a rompu complétement avec la tradition du passé*, et que dès lors admettre le cumul serait appliquer, *sous l'empire des nouveaux principes, une législation abrogée ;* mais il fallait précisément démontrer *la rupture avec le passé*. Si la Cour de Colmar eût eu à s'expliquer sur la loi de nivôse an II, son langage eût été parfaitement exact, tandis que, pour le Code civil, il est loin de l'être. Outre le caractère généralement conservateur du Code, il est reconnu par tout le monde que la *réserve* qu'il a consacrée n'est pas une création dont les éléments soient de nouvelle invention ; elle est principalement sortie de l'ancien droit coutumier avec quelque mélange de droit écrit ; elle vient donc du *passé*, et l'on ne gagne rien à la retrouver plutôt au Nord qu'au Midi, puisqu'en tout pays le cumul était admis. La Cour de Colmar veut cependant justifier sa thèse en insistant sur *l'attribution collective* de la réserve faite par le Code civil aux réservataires avec l'accroissement qui en résulte de *la part du renonçant* à *celles des acceptants*, et la Cour de Bourges insiste surtout à cet égard pour écarter la portée de l'argument historique ; ce sont, suivant nous, de stériles efforts. M. G. Demante a parfaitement démontré avec des passages de Ricard, qui sont topiques en ce point, que la prétendue *attribution individuelle* de la légitime coutumière n'était que *dans les mots*, et qu'*en réalité*, dans les cas ordinaires, la part du renonçant accroissait, non comme le dit M. Poriquet dans l'arrêt *Laroque de Mons*, au *donataire universel*, mais aux *cohéritiers acceptants*, en sorte que l'attribution était alors *collective* comme aujourd'hui ; seulement *par exception*, pour le cas de renonciation *aliquo accepto*, Ricard pensait qu'il fallait s'écarter des règles de l'accroissement, et il admettait alors le cumul. D'ailleurs, quand même il serait vrai que ce

droit du donataire renonçant tînt, en droit coutumier, à *l'attribution individuelle*, n'oublions pas que *la légitime du droit écrit* était une *attribution collective*, et que cependant la même doctrine y était admise. Il faut donc chercher autre part que dans l'attribution *individuelle* de la légitime coutumière, et trouver dans la raison pratique la cause d'une règle de droit aussi générale, dont on ne peut éluder la puissance et que vient confirmer encore l'ordonnance de 1731.

V.

Enfin, nous appelons l'attention de ceux qui voudront bien lire ces pages sur la considération qui a, de tout temps, déterminé le droit français et qui a conservé toute sa valeur, malgré les efforts tentés par les modernes; nous voulons parler du caractère *tout à fait exceptionnel* de la renonciation faite par le donataire pour s'en tenir à son don. On peut tout concéder jusque-là aux adversaires; la réserve est *quota hereditatis;* le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier; sa part accroît aux acceptants, soit; mais tout cela est bon pour les cas ordinaires et de droit commun. Le Code, dit-on, ne distingue pas deux espèces de renonciations; nous le contestons, et l'existence seule de l'article 845 prouve la possibilité de deux renonciations bien différentes l'une de l'autre. Erreur, dit-on, elles sont identiques; car le renonçant abandonne *la part de succession* et ne retient que la quote disponible. Nous en sommes bien fâché; mais ce n'est pas ainsi qu'opère le renonçant et que parle l'article 845; il s'agit *de retenir le don;* voilà l'intention du renonçant. Après cela, la loi indique la *mesure possible* de la rétention, et c'est alors que la controverse commence. Or c'est *sur les termes de la loi et non sur l'intention du donataire* qu'elle porte. Cela nous ramène donc à savoir ce qu'a voulu l'article 845; mais cela n'implique point que la renonciation *aliquo accepto*, comme disait Ricard, soit la même chose que la renonciation *pure et simple*. Il est impossible, en fait, de les confondre; car celle-là amène *nécessairement* une combinaison d'intérêts compliqués que n'amène point celle-ci, et il est dans la nature même des choses qu'elles soient régies par des règles différentes. Aussi l'on sait que Ricard et Pothier faisaient *exception*, pour cette situation, aux principes du droit commun; aussi encore, malgré le silence des travaux

préparatoires sur le prétendu changement du système de législation, on peut signaler un fait d'élaboration du texte de l'article 845, qui prouve que le donataire en avancement d'hoirie n'est pas un donataire ordinaire pour lequel le *quantùm* à retenir serait limité à la quote disponible, fixée *sans compter le renonçant;* c'est que, tandis que le projet primitif disait : « *ainsi qu'un étranger pourrait le faire,* » ces mots ont disparu dans le texte définitif; aussi, enfin, les plus anciens interprètes du Code, Delvincourt, Grenier et Proudhon, ne purent-ils pas croire à ce changement de principes. Donc, convenons encore qu'il ne faut pas répugner d'appliquer une règle exceptionnelle à une situation toute spéciale.

Le tout est de constater qu'aujourd'hui comme autrefois, l'exception est justement motivée. N'exagérons pas d'abord le principe de *l'égalité des partages;* il était l'âme de la législation coutumière, sans avoir pour cela empêché le cumul de la légitime et de la quote disponible en faveur du renonçant, et le Code lui-même, tout en consacrant en général cette égalité, permet au père de la rompre dans une certaine mesure, s'il le croit utile à son gouvernement domestique. Si tous les héritiers acceptent et qu'il y ait un donataire de la quote, il faudra bien que chacun se contente de sa part de réserve calculée d'après le nombre des enfants laissés par le défunt : l'égalité dans le partage n'est donc pas l'Arche sainte. On le comprend bien; aussi cherche-t-on plutôt à défendre la volonté du père de famille, qui n'a, dit-on, voulu donner que de la *réserve* et non de la *quotité disponible;* — qui n'a voulu faire qu'un avancement d'hoirie et qui n'a pas donné en vue d'une renonciation : c'est donc du père qu'il s'agit. Mais est-ce que la doctrine du non-cumul, qui assimile le renonçant à un étranger et transforme entièrement le don en don de la quote, respecte davantage la volonté paternelle? N'est-ce même pas le mépris qu'elle en fait qui a suggéré le système mixte de l'imputation, qui, en définitive et malgré tous les artifices de langage, attribue à un *renonçant* une participation à la *réserve?* Que faut-il donc conclure de l'imprévu qui est venu tromper les combinaisons du père de famille? Il a voulu, outre le don en avancement d'hoirie fait en pleine prospérité, constituer ensuite un préciput; et sa fortune ne suffit plus pour maintenir l'intégralité des deux donations. Quel doit donc être de ces deux donataires le plus respectable?

Ou notre erreur est profonde, ou la plus simple équité veut que le premier donataire qui, sur la foi de son contrat et quand il ne pouvait contrôler les facultés de son père, ni surtout prévoir une diminution postérieure de patrimoine, s'est établi et a fondé une famille, obtienne la préférence. Le père s'est trompé comme il se trompe quand il donne à plusieurs successivement, en excédant la quotité disponible. Ne faut-il pas alors réduire les donataires postérieurs? Les prévisions du disposant ne reçoivent pas non plus alors tout leur accomplissement; mais à qui pourrait-il s'en prendre, si, du fond de la tombe, il voyait ainsi ses intentions méconnues? A lui seul, en vérité, car il a mal calculé. Il en est de même dans la question du cumul. Le donataire en avancement d'hoirie, qui a été loti sans aucune réserve de disposer par le donateur, a dû compter sur le montant intégral du don qui lui a été fait, comme représentant sa part future de succession. Il ne peut dépendre du père de se faire lui-même l'auteur de la désorganisation qu'une réduction inattendue viendrait apporter dans la famille, dont sa première libéralité a été l'une des bases d'établissement.

M. G. Demante conseille aux notaires d'insérer désormais dans les donations en avancement d'hoirie, faites du moins par contrat de mariage, quelques clauses déjà usitées, dit-il, à Paris, afin, soit d'assurer les résultats amenés par la jurisprudence de la Cour suprême, soit de les éviter, si telle est la volonté du père. Nous admettons volontiers ces clauses comme mesures transitoires et de circonstance; mais nous n'avons pas autant de confiance que M. Demante dans leur efficacité ni dans leur généralisation, en France, pour croire qu'elles puissent mettre un terme aux maux considérables qu'enfante tous les jours la durée de la controverse. Selon nous, l'intervention du législateur est nécessaire et urgente.

GUSTAVE BRESSOLLES.

Octobre 1860.

DU RÉTABLISSEMENT DES TOURS

ET DE LA CRÉATION DES COLONIES D'ENFANTS ASSISTÉS.

Par M. Bigard, procureur impérial à Pont-l'Évêque.

Les parquets viennent d'être consultés sur le rétablissement des tours, et la création, en Algérie, de colonies composées des enfants dont l'éducation est confiée à la charité publique.

Ces graves questions devaient nécessairement venir à l'ordre du jour, dans le grand mouvement des améliorations incessamment provoquées par le gouvernement.

Comment les résoudre ?

La difficulté est grande, car il ne s'agit pas de créer des théories plus ou moins séduisantes, destinées à rester dans le monde des abstractions, mais de rechercher, d'après les enseignements du passé, ce qu'il y a de mieux à faire aujourd'hui dans la pratique, et il ne faut pas perdre de vue que les faits se traduisent forcément ici par des chiffres, qui doivent trouver leur place dans les possibilités budgétaires. Il s'agit en même temps de jeter quelques lumières sur un des problèmes les plus compliqués de l'économie sociale, celui de l'amélioration de l'espèce humaine, et de rechercher les moyens les plus efficaces pour préparer au pays un avenir meilleur, en arrêtant les progrès de la démoralisation.

Doit-on rétablir les tours? Quels moyens doit-on employer pour prévenir le trop grand nombre des délaissements? Que doit-on faire des enfants restés à la charge de la charité publique? Tels sont les trois points que je me propose d'examiner.

I. Et d'abord doit-on conserver ou supprimer les tours dans les lieux où ils existent, les rétablir là où ils ont été supprimés, en augmenter ou en réduire le nombre selon les localités?

Pour résoudre cette question, on doit se demander si l'existence des tours est favorable ou contraire à la moralisation du peuple ; quelle est son influence sur les délits et les crimes qui se commettent contre l'état civil et la vie des enfants ; enfin si, en facilitant les abandonnements, elle diminue notablement les infanticides. Importantes et difficiles questions, qui partagent les publicistes et les criminalistes, et sur lesquelles des sys-

tèmes différents ont été émis dans les conseils généraux et jusqu'au sein des assemblées législatives.

L'existence des tours a été signalée, de tout temps, comme une cause de démoralisation. En favorisant les abandons, on provoque, a-t-on dit, à la débauche et à l'oubli des devoirs; on encourage l'immoralité; on relâche et on détruit les liens de famille, qu'il est si nécessaire de resserrer. On excite les calculs de l'égoïsme qui porte des parents à se débarrasser du soin d'élever leurs enfants, etc. Et voyez les chiffres, ajoute-t-on : le nombre des enfants trouvés qui, en 1784, au rapport de M. Necker, n'était que de 40,000 pour toute la France, dépasse, en l'an VIII, le chiffre de 60,000; en 1821, il s'élève à 106,000; et il résulte des documents statistiques, publiés en 1835, que pendant la période décennale de 1824 à 1835 le nombre moyen annuel des enfants trouvés a été de 119,200!

Ces considérations morales, et surtout, il faut bien l'avouer, le désir d'arrêter l'accroissement des dépenses occasionnées par le service des enfants assistés, charge qui devenait de plus en plus lourde pour les départements [1], suggéra à l'administration la pensée de descendre encore au-dessous de la limite marquée par le décret de 1811, qui défendait d'avoir, dans chaque arrondissement, plus d'un hospice ouvert aux enfants trouvés. Les préfets furent invités à proposer aux conseils généraux, et la plupart adoptèrent la proposition, de supprimer les tours dans un certain nombre d'arrondissements, et d'en avoir un pour plusieurs [2]. Depuis lors l'administration a toujours tendu à restreindre le nombre des dépôts, et, pour un grand nombre de départements, les enfants ne sont plus reçus aujourd'hui que dans un seul.

Que l'existence des tours facilite les abandonnements, c'est incontestable; que cette mesure mérite, par suite, une partie des reproches qu'on lui adresse, je le comprends; mais qu'elle

[1] En 1802, le service des enfants trouvés ne fut crédité, dans les budgets départementaux de la France actuelle, que pour 1,253,000 francs. — En 1812, cette dépense s'était accrue jusqu'à la somme de 3,290,000 francs. — En 1820, elle s'élevait à 5,942,000 francs. — En 1822, elle atteignait le chiffre de 7,000,000 francs. — De 1824 à 1835, la dépense a été de 9,777,000 francs, en moyenne, pour chaque année.

[2] Les conseils généraux furent consultés sur cette mesure en 1838. Parmi eux, 78 ont approuvé la réduction des tours ou même leur suppression totale; 11 seulement l'ont blâmée, et 3 n'ont pas émis d'avis.

soit une cause générale de démoralisation, cela me paraît inexact, et ceux qui le soutiennent confondent, suivant moi, l'effet avec la cause. — D'un autre côté, la débauche ne me paraît pas être la principale cause de l'augmentation du nombre des enfants assistés; c'est le perfectionnement du secours, si je puis ainsi parler, qui augmente le mal. Partout on est parvenu à diminuer de beaucoup la mortalité chez ces enfants : tandis qu'autrefois chaque année dévorait presque autant qu'elle avait produit, aujourd'hui chaque année laisse aux années suivantes un accroissement considérable [1]; et on ne voit pas, sans un juste sentiment d'orgueil pour l'humanité, les soins dont ces enfants sont environnés, depuis le moment où ils sont confiés à l'assistance publique. Que ce spectacle inspire aux indigents la résolution coupable d'abandonner leurs enfants à une administration ainsi vigilante, c'est possible; mais l'homme n'est-il pas condamné, par la faiblesse de sa nature, à trouver la mal à côté du bien. — Et puis, si l'existence des tours est un mal, n'est-ce pas un mal nécessaire, et leur suppression n'a-t-elle pas pour conséquence d'occasionner un plus grand nombre de délits et de crimes contre l'état et la vie des enfants? Plusieurs auteurs sont d'avis, je le sais, que les tours favorisent les abandons et n'empêchent pas les infanticides (J. B. Say, *Économie polit.*, t. V, p. 360. — Terme et Montfalcon, *Hist. des enf. trouvés*, p. 245. — De Gérando, *De la bienf. pub.*, 2e part., liv. Ier, chap. 8. — Briand et Chaudé, *Man. de méd. lég.*, vo *Infanticide*). Mais l'expérience qu'on a faite permet de reconnaître de quel côté est la vérité. Il ne s'agit pas ici d'arguments plus ou moins spécieux, mais de faits, de chiffres constatés par les statistiques judiciaires. Or voici ce qui résulte du relevé des statistiques criminelles de 1826 à 1858, et quel a été le nombre moyen annuel des accusations d'infanticides, de 1826 à 1850, pour chaque période quinquennale : de 1826 à 1830, 102; de 1831 à 1835, 94; de 1836 à 1840, 135; de 1841 à 1845, 103; de 1846 à 1850, 152 (V. le *Compte général de la justice criminelle*, publié en 1853). Pendant les années suivantes, le nombre

[1] A Paris, de 1786 à 1789, la mortalité de ces enfants s'élevait à la proportion effrayante de 90 pour 100. — En 1825 elle n'était plus que du quart, et aujourd'hui la proportion a encore diminué. — Dans le Calvados, d'après le dernier rapport de l'inspecteur des enfants assistés, la mortalité n'a été que de 2 pour 100, en 1859, pour les enfants au-dessus d'un an.

des accusations de cette nature, jugées contradictoirement, a été, pour 1851, de 164; pour 1852, de 184; pour 1853, de 196; pour 1854, de 198; pour 1855, de 173; pour 1856, de 190; pour 1857, de 208, et, pour 1858, de 224 (V. le compte rendu publié en 1860). C'est-à-dire que ces crimes ont plus que doublé depuis la suppression des tours. En présence d'un pareil résultat, il me semble que l'expérience est faite et que la pratique répond ici victorieusement à la théorie. Et je dirai à ceux qui prétendent que les tours favorisent les abandons sans empêcher les infanticides, que ces crimes sont aussi fréquents dans les départements où les tours n'ont pas été supprimés que dans ceux où leur suppression a été prescrite, que la même augmentation a été observée également en Belgique, en Irlande, en Russie et surtout en Prusse, où les tours ont été maintenus; je leur dirai : attendez au moins que la contre-épreuve soit faite, puis vous pourrez prononcer en pleine connaissance de cause. — J'ajouterai, comme observation pratique, que l'impunité qui suit le plus souvent les accusations d'infanticide est aussi une cause d'augmentation de ces crimes. Dans toutes les affaires de cette nature, la défense ne manque jamais de se prévaloir de l'impossibilité où les accusées se trouvent de dissimuler une faute sans avoir recours à un crime. Lorsque les tours seront rétablis partout où ils sont nécessaires, le jury n'hésitera plus à proclamer la culpabilité, et la certitude de la répression amènera incontestablement la diminution des crimes de cette nature. — Enfin, si la dépense occasionnée par le service des enfants trouvés est une des plus lourdes charges de l'assistance publique, est-ce qu'elle n'est pas en même temps une des plus obligatoires, non-seulement aux yeux de la charité, mais encore au respect de la loi sociale elle-même; car, comme le fait observer avec raison M. Dufour, dans son excellent *Traité de droit administratif*, s'il est de la nature de la charité de se produire par des actes privés, si c'est même là sa première forme, à mesure que l'organisation sociale se perfectionne, elle doit comprendre ce besoin moral dans ses prévisions, et faire concourir à le satisfaire les moyens si puissants dont elle dispose pour le plus grand bien de tous ceux qui vivent sous sa protection.

II. Il est certain que le rétablissement des tours, en facilitant les abandonnements, augmentera, pendant les premières

années surtout, le nombre déjà si considérable des enfants assistés; aussi l'administration devra immédiatement employer tous les moyens propres à prévenir le trop grand nombre des délaissements, sans compromettre la vie et l'état des enfants.

Quels doivent être ces moyens? Ici nous rencontrons non-seulement des théories consignées dans les livres, ou des vœux émis dans les délibérations des conseils généraux, mais encore des essais déjà pratiqués par l'administration elle-même.

En même temps qu'on réduisait ou qu'on supprimait les tours, on prit le parti de déplacer souvent les enfants confiés aux hospices et mis par leurs soins en nourrice ou en apprentissage; on fit des échanges d'arrondissement à arrondissement, de département à département [1], afin d'exciter l'affection des parents par l'inquiétude de perdre la trace de leurs enfants. On pouvait espérer, en effet, de prévenir ainsi les calculs de l'égoïsme et de l'immoralité, qui peuvent porter des parents à se débarrasser du soin d'élever leurs enfants, bien sûrs de les ramener auprès d'eux quand ils seront tout élevés. On a même constaté les résultats, fort satisfaisants en apparence, obtenus par le déplacement des enfants : de 1834 à 1837, 36,493 enfants ont été déplacés; sur ce nombre, 16,339 furent retirés, et on obtint ainsi une économie de plus d'un million. Mais il fut démontré en même temps que cette mesure avait été une cause d'augmentation notable dans la mortalité des enfants assistés, et cela doit suffire pour la faire écarter.

On a proposé aussi d'appliquer rigoureusement le texte des articles 16 et 24 du décret du 19 janvier 1811, qui met les enfants trouvés à la disposition de l'État, de telle sorte que les ministres de la guerre et de la marine pussent, quand ils le jugeraient convenables, les employer dans les armées de terre et de mer. L'État, qui fait les frais de leur entretien, a bien le droit, a-t-on dit, de choisir pour eux le genre d'éducation et de travail qui lui est le plus profitable; et beaucoup de mères, craignant les dangers auxquels leurs enfants pussent être exposés, ne seront pas si promptes à les envoyer à l'hôpital. Mais les dernières ordonnances sur la marine, et les dernières lois sur le recrutement de l'armée n'ayant créé aucune exception à

[1] Cette mesure, conseillée par une circulaire du ministre de l'intérieur du 21 juillet 1827, ne reçut qu'en 1834 un commencement d'exécution. 68 conseils généraux l'ont approuvée; 18 l'ont blâmée.

l'égard des enfants assistés, et n'ayant pas renouvelé pour eux les dispositions du décret de 1811, incompatibles avec la liberté individuelle, il faut en conclure que les enfants trouvés sont, comme tous les citoyens, sous l'empire du droit commun.

Je ne parlerai pas d'autres mesures proposées par les conseils généraux, et qui sont également impraticables.

Le meilleur moyen de diminuer le nombre des enfants abandonnés c'est d'accorder des secours, pendant un temps plus ou moins long, aux mères indigentes qui gardent leurs enfants et qui les nourrissent; aussi sa mise en pratique a-t-elle été vivement recommandée par les circulaires du ministre de l'intérieur, des 6 août 1840 et 27 mars 1856. Ce système, contre lequel les préjugés peuvent s'élever, a réellement un haut caractère de moralité. Appliqué avec succès, il doit être une source d'importantes économies pour les finances départementales, ainsi que le prouvent les résultats obtenus dans la grande majorité des départements où il a été pratiqué.

L'administration devra aussi favoriser la création des sociétés de charité maternelle, placées sous le patronage de l'impératrice par le décret du 2 février 1853, et l'établissement des orphelinats.

Enfin il sera bon, ainsi du reste que cela se pratique à Paris, de placer, dans les grands centres de population, des agents rétribués qui exercent, aux environs des hospices et des tours, la surveillance nécessaire pour prévenir les abus de l'abandon.

III. Mais, malgré toutes les précautions, il y aura toujours un grand nombre d'enfants assistés. Quelle destination doit-on leur donner, tant dans leur intérêt que dans l'intérêt de l'État?

Actuellement les enfants trouvés nouveau-nés sont aussitôt que possible mis en nourrice, et y restent jusqu'à six ans; à cet âge ils sont mis en pension chez des cultivateurs ou des artisans, à l'exception des enfants infirmes qui restent à l'hospice, où ils sont employés à des travaux en rapport avec leurs forces. A douze ans ils sont placés en apprentissage, et, généralement, on n'a plus à s'occuper d'eux à partir de cet instant.

Aussi ceux qui n'envisageront la question qu'au point de vue des dépenses à faire, conseilleront-ils le *statu quo*; car la création de colonies agricoles, où ces enfants devraient rester jusqu'à leur majorité, grèvera nécessairement le budget d'une nouvelle et très-lourde charge.

Mais pour ceux qui voient les choses de plus haut, et qui se préoccupent de l'avenir, tout autre doit être la solution, et il y a certainement ici beaucoup à faire, tant dans l'intérêt des enfants assistés que dans l'intérêt de la société elle-même.

Quant à ce qui est des enfants assistés, la société doit veiller à leur éducation morale et religieuse, et l'instruction qu'elle leur donne doit être d'autant plus suivie qu'ils n'ont pas de famille, et que les principes de religion et de probité qu'elle leur inculquera seront plus tard sa sauvegarde à elle-même. Il faut de toute nécessité aux enfants assistés, dans leur intérêt comme dans l'intérêt de l'ordre social, une éducation morale et professionnelle; or cette éducation n'est possible que par la création de colonies agricoles et industrielles.

D'un autre côté, il y a encore aujourd'hui, en France, 8 à 9 millions d'hectares de terres incultes, qui ne demandent que des bras et quelques secours d'argent pour faire face à tous les besoins du pays, et rassurer les économistes effrayés des progrès toujours croissants de la population. Joignez à cela nos nombreuses possessions d'Afrique, où l'élément français est encore en si faible minorité, et où il importe de multiplier les centres agricoles pour faire sortir de cette terre, suivant les expressions mêmes de l'empereur, tous les trésors que la Providence y a enfouis.

L'expérience, du reste, a déjà été faite, et la question actuellement à l'étude a reçu un commencement d'exécution qui permettra au gouvernement de calculer, d'une manière certaine, ce qu'il peut et ce qu'il doit faire. Il y a quelques années, le père Brumeau-des-Allées a obtenu l'autorisatiou de fonder en Afrique deux colonies agricoles d'enfants trouvés, l'une à Ben-Acknoûn, l'autre à Bouffarick; il a emmené d'abord 200 enfants, aujourd'hui il en a 300, et les résultats qu'il a obtenus sont tellement satisfaisants qu'il demande au gouvernement de lui en confier 4,000. — Deux autres établissements du même genre ont été également fondés, l'un à Oran, l'autre à Constantine. — Les sœurs de Saint-Vincent-de-Paul, s'associant à cette œuvre de régénération et de colonisation, ont fondé à Moustapha-Supérieur un établissement de jeunes filles, qui compte aujourd'hui 400 enfants.

J'ajouterai que ces colonies agricoles ne peuvent marcher avec succès que par le moyen des associatious religieuses, qui

se dévouent à ce difficile labeur sans spéculer et sans compter leurs soins. — L'expérience, du reste, l'a bien prouvé pour l'un des établissements d'Afrique dont je viens de parler.

Le gouvernement qui veut fortement le bien, et qui accueille toujours favorablement toutes les propositions utiles au pays, n'hésitera pas, j'en suis convaincu, à appuyer les pétitions qui lui ont été adressées à ce sujet. Il hésitera d'autant moins que si l'État doit faire des avances considérables, il en sera amplement dédommagé dans peu d'années; car un bon système de colonisation, développé sur une vaste échelle, sera une source de richesse pour la France, de prospérité pour les colons et de bien-être général pour la société.

CH. BIGARD.

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN

SUR CERTAINS POINTS DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Par M. AUBÉPIN, procureur impérial à Charleville (Ardennes).

(*Suite*[1].)

CHAPITRE V.

Du partage, de sa nature et de ses effets.

I. *De l'hérédité des fiefs jusqu'au XIIIe siècle.* — Qu'est-ce que le partage? quelle est sa nature? quels sont ses effets? Ces questions, qu'un axiome précis suffit à résoudre aujourd'hui, ont soulevé jadis dans l'école, au palais, au sein de la doctrine et de la jurisprudence, des orages que domine la voix puissante de Dumoulin. Pour bien comprendre cette controverse, il faut remonter à son origine, aux premiers temps de l'histoire féodale.

Les lois de la féodalité militaire obéissent toutes à une même pensée : conserver l'intégrité du fief, assurer le service féodal, défendre les intérêts de la puissance seigneuriale contre les

[1] V. tome XVI, pages 27 et 533.

effets de l'hérédité ou les conséquences de l'aliénabilité. Les moyens qu'on emploie peuvent varier selon les pays; partout le but est identique. Dans les *Assises de Jérusalem*, le partage du fief est sévèrement prohibé : « Par l'usage ou l'assise, flé ne « seignorie ne se part entre freres ni autres parenz masles; » l'aîné seul le recueille en entier, et les femmes sont exclues de l'hérédité [1]. L'aliénation du fief est également proscrite; on ne la tolère que *por dette* dans des conditions exceptionnelles et suivant des formes particulières [2]. Le partage n'est admis que dans le cas où la succession se compose de plusieurs fiefs, et où le service peut se diviser selon les terres; chaque enfant mâle prend alors un fief à son choix, le premier choix appartenant à l'aîné, le second au puîné, et ainsi des autres [3]. Il en est de même de la sous-inféodation : soigneusement bannie des fiefs qui ne doivent service que d'une chevalerie, elle est tolérée dans ceux qui doivent service de plusieurs chevaleries; on peut alors *desmembrer selon le servize*, c'est-à-dire *donner partie de son fié pour partie de son servize que le fié doit* [4]. Dans tous les cas, le consentement du seigneur est nécessaire, à peine de la commise. Il est le véritable juge des intérêts du fief, et le caractère essentiellement personnel du lien féodal fait de sa volonté la loi du contrat [5].

Plus sévère encore dans ses prescriptions conservatrices, la féodalité allemande et lombarde bannit l'hérédité des fiefs de dignité, *de legali dignitate*, dont l'empereur dispose au décès du seigneur comme il lui convient; elle l'admet, au contraire, dans les fiefs inférieurs, limitée aux petits-fils en ligne directe, aux neveux en ligne collatérale, et gênée par le droit de masculinité, mais vivifiée par l'égalité des partages. C'est la constitution de Conrad le Salique, de 1038. La même loi prohibe l'aliénation du fief, à peine de commise, sous quelque forme qu'elle se cache [6]. La sous-inféodation est tolérée avec le con-

[1] Geoffroy le Tors, chap. 2 (édit. Beugnot). — Jean d'Ibelin, chap. 175 (*ibid.*).

[2] *Clef des Assises de la haute Cour*, §§ 174, 238, 239 (*ibid.*)

[3] Geoffroy le Tors, chap. 16. — Jean d'Ibelin, chap. 149.

[4] Philippe de Navarre, chap. 81 (*ibid.*). — Jacques d'Ibelin, chap. 48, 49 (*ibid.*)

[5] Jean d'Ibelin, chap. 142, 143.

[6] *Consuetudines feudorum*, lib. I, tit. 6, 8, 14; lib II, tit. 24, 26.

sentement du seigneur et sous certaines réserves, mais l'hérédité en est formellement exclue [1].

La féodalité anglo-normande, s'inspirant d'intérêts qui sont les mêmes dans tout le monde féodal, déclare les fiefs de chevalerie héréditaires, mais indivisibles; l'aîné seul les recueille en totalité, les puînés sont exclus sans merci : *Primogenitus filius patri succedit in totum, ita quod nullus fratrum suorum partem indè de jure petere possit.* Dans les fiefs inférieurs, sauf quelques distinctions, l'aîné prélève seulement le manoir principal, *pro dignitate aesnecie sue*, à moins que la coutume ne l'autorise à absorber la succession tout entière [2].

Ainsi retranchée dans un cercle de prohibitions tutélaires, la féodalité militaire y soutient le choc des influences diverses que les progrès de la féodalité civile, le principe chaque jour plus autorisé de la patrimonialité des fiefs, les souvenirs germaniques, le droit romain renaissant, multiplient contre ses priviléges, à la fin du XIe siècle et dans le cours du XIIe. Sur ce terrain, la victoire, énergiquement disputée, ne sera jamais complète pour le progrès.

En Allemagne et en Italie, les vassaux luttent avec avantage contre l'inaliénabilité des fiefs. Ils commencent par répudier le consentement des seigneurs à l'aliénation. Ceux-ci résistent; puis ils cèdent, à la condition qu'on ne pourra disposer que de la moitié du fief; on leur dispute encore cette réserve, et ils finissent par l'abandonner, pourvu que l'acquéreur soit le frère ou le neveu du vassal. Les Milanais vont plus loin, et proclament la patrimonialité absolue du fief; leur doctrine prend faveur, et les feudistes l'accueillent, à la charge par l'acquéreur de se reconnaître, au décès du vendeur, le vassal du seigneur. L'usage en arrive même, paraît-il, à négliger cette dernière restriction, toute rationnelle qu'elle soit; et les *Consuetudines feudorum* font un grief à la doctrine milanaise de son exagération sur ce point [3]. De même l'hérédité, bannie d'abord des sous-inféodations, y est tolérée jusqu'au deuxième degré, plus tard jusqu'au quatrième, et enfin sans limites [4]. L'empereur Lothaire II rappelle vainement les anciennes prohibitions, en décrétant contre le

[1] *Consuetudines feudorum*, lib. II, tit. 34, § 2; tit. 55, § 1.
[2] Glanville, lib. VII, cap. 8 (édit. Houard).
[3] *Consuetudines feudorum*, lib. I, tit. 18; lib. II, tit. 19.
[4] *Consuetudines feudorum*, lib. II, tit. 34, § 2; tit. 55, § 1.

notaire, qui osera consacrer la profanation du fief, la perte de sa charge et l'infamie [1]. Vainement aussi Frédéric Ier proscrit du même coup les aliénations faites sans l'assentiment du seigneur et les sous-inféodations sans cesse ouvertes à la fraude; vainement il édicte contre le notaire prévaricateur la perte du poignet [2]. Un instant suspendu par ces rigueurs, le mouvement arrive avec le XIIIe siècle à son apogée.

En France, la double influence des croisades et de l'affranchissement communal multiplie les concessions de fiefs, et, par application plus fréquente et plus étendue de la loi héréditaire, tend à entamer les principes rigoureux de la féodalité militaire. L'indivisibilité demeure la règle des fiefs supérieurs avec le droit d'aînesse et de masculinité. Dans les fiefs inférieurs, l'aîné prend seulement une part plus forte. Enfin, le droit héréditaire des femmes apparaît à son tour, dans les fiefs inférieurs d'abord, puis dans les fiefs de dignité eux-mêmes. La couronne seule conserve les principes de la loi salique, et l'empire des *dames de fief* ne s'arrête qu'aux pieds du trône [3].

Tel est le droit de la France coutumière proprement dite, de la France du centre et de l'ouest; à l'est et au nord, le succès est partagé. En Lorraine, en Alsace, en Dauphiné, en Franche-Comté, les *Consuetudines feudorum* laisseront une trace profonde de leur passage. A Metz, les partages sont égaux, sans distinction de fiefs [4]. En Alsace, le fief est masculin, sans droit d'aînesse [5]. En Franche-Comté, le droit d'aînesse et le droit de masculinité sont bannis de la succession féodale, dans les fiefs supérieurs comme dans les autres [6]. Le Dauphiné suit les *Consuetudines feudorum*, à titre de droit commun, si ce n'est toutefois pour le droit de succession des femmes qu'il admet [7]. En Flandre, dans le Hainaut, l'Artois, la Champagne, les traditions germaniques semblent prévaloir. Ici, les femmes succèdent au fief, à défaut d'héritiers mâles du même degré [8]; là,

[1] *Consuetudines feudorum*, lib, II, tit. 52.

[2] *Consuetudines feudorum*, lib. II, tit. 55. — Radevicus, lib. IV, cap 7. — Ducange, v° *Feudum minuere*.

[3] Brussel, *De l'usage des fiefs*, I, 41, 88, 91, 137, 262, 829; II, 931.

[4] M. Laferrière, *Histoire du droit français*, V, 32,

[5] M. Laferrière, *loc. cit.*, V, 44 s.

[6] M. Laferrière, *loc. cit.*, V, 80-86.

[7] M. Laferrière, *loc. cit.*, V, 106 s.

[8] M. Laferrière, *loc. cit.*, VI, 8, 11, 17.

les baronies sont indivisibles, sauf le droit au père de famille d'en faire le partage avant sa mort; dans les fiefs inférieurs, l'aîné prélève les quatre cinquièmes de l'hérédité, qui se divise pour le surplus par portions égales entre les frères et les sœurs puînés [1]. Ailleurs le droit d'aînesse consiste dans un simple choix : quand l'aîné a fait son lot, les puînés font le leur par rang d'âge; les filles n'ont qu'une demi-part de puîné, et, s'il n'y a que des filles, elles partagent également [2].

Enfin, dans certaines provinces, l'influence anglaise essaye de relever et de maintenir les principes rigoureux de la féodalité militaire. Elle ne le peut, toutefois, sans des concessions qui attestent énergiquement l'empire du droit nouveau. En Bretagne, par exemple, le partage héréditaire menace de ruiner la puissance féodale : *Quùm in Britanniâ super terris inter fratres dividendis detrimentum terræ plurimum evenire solent* [3]. Le comte Geoffroy, fils du roi anglais Henri II, lui oppose, comme barrière à ses conséquences désastreuses, l'*Assise* de 1183. Les baronies et les fiefs de chevalerie seront désormais dévolus en entier à l'aîné. Les puînés cependant tiennent de l'usage des droits qu'il y aurait danger à méconnaître, dans un temps où le suzerain compte les lances qui viennent se ranger sous sa bannière. L'aîné pourvoira aux besoins des puînés *juxtà posse suum*. S'il existe sur le domaine de l'aîné un mariage que désire le puîné, il devra le lui réserver. Si le puîné recherche ailleurs un parti, il devra l'aider *de rebus et catallis suis, pro posse suo, cum consilio propinquorum amicorum*. Le puîné qui a reçu de l'aîné un fief à ligence, et qui meurt sans hoirs directs, peut en disposer à son gré au profit d'un de ses parents; s'il ne le fait pas, la terre revient au suzerain. Dans le cas où le fief a été concédé sans ligence, il retourne à l'aîné. L'hérédité où il ne se rencontre que des filles appartient au seigneur qui épouse l'aînée, à la charge de marier les puînées, *de terrâ ipsâ, ad consilium domini et propinquorum generis* [4].

Le même esprit se retrouve dans les coutumes de Normandie

[1] M. Laferrière, *loc. cit.*, VI, 27.

[2] M. Laferrière, *loc. cit.*, VI, 72 s.

[3] Préambule de l'*Assise* de 1185.

[4] Le texte de l'*Assise* de 1185 se trouve dans d'Argentré, *opera omnia*, p. 2163. — Dans Brussel, *loc. cit.*, liv. III, chap. 13. — Dans Bourdot de Richebourg, *Coutumier général*, IV, 289. — Dans Hévin, *sur Frain*, II, 518 s. — Le meilleur texte est dans Hévin.

et de Guyenne. A Bordeaux, les fiefs de chevalerie et les baronies sont indivisibles; l'égalité des partages règne dans les fiefs ordinaires. A Rouen, même règle pour les fiefs de dignité; dans les vavassoreries, droit d'aînesse fixé aux deux tiers, un tiers seulement pour les puînés, qui plus tard même sera réduit à une simple jouissance viagère [1].

Toutes ces précautions, accumulées à des degrés divers pour la sauvegarde du service féodal, faisaient directement échec aux intérêts des puînés. Ceux-ci résistèrent; les aînés ne maintinrent pas toujours leurs droits avec une suffisante énergie. Les suzerains, de leur côté, persistèrent à ne reconnaître que l'aîné pour représentant du fief. De cette façon, indivisible de l'aîné au suzerain, conformément à la loi féodale, le fief demeura divisible et divisé de fait de l'aîné aux puînés, conformément à l'usage. Othon de Frésinge atteste que telle était la coutume presque générale vers le milieu du XIIe siècle : « Mos « in illâ (Burgundiâ), qui penè in omnibus Galliæ provinciis « servatur, quòd semper seniori fratri ejusque liberis seu mari- « bus seu fœminis paternæ hereditatis cedat authoritas, *cœteris « ad illum tanquàm ad dominum respicientibus* [2]. » Dans cette situation anormale, l'aîné demeure le seul possesseur du fief à l'égard du suzerain; seul il fait l'hommage pour le fief entier, seul il répond des devoirs féodaux; et lorsque le fief retourne au seigneur par déshérence ou par commise, il lui retourne tout entier, en dépit du droit des puînés. A l'égard de ceux-ci, la position de l'aîné varie selon les conditions et les circonstances : suivant la rigueur des principes, il devrait exercer sur leurs parts le domaine que le suzerain exerce sur le fief entier; mais, au milieu des péripéties de la lutte, ils invoquent leur titre d'héritiers, se posent auprès de l'aîné comme égaux en droits, sinon en quotités, méconnaissent sa juridiction, et se refusent plus d'une fois à acquitter les devoirs féodaux dont il est garant envers le suzerain [3].

II. *De l'hérédité des fiefs du XIIIe siècle au XVIe.* — De là

[1] M. Laferrière, *loc. cit.*, V, 582, 608 s.

[2] Otto Fresingensis, *De gestis Freder.*, lib. II, cap. 29.

[3] *Magna Charta Angliæ*, cap. 32. (Ducange, v° *Feudum.*) — *Constitut. neapolitan.*, lib. III, tit. 23, 27. — Schilterius, *De paragio et apanagio*, lib. I, cap. 3. — Ducange, v^is *Feudum* et *Relevium*. — D'Aguesseau, *Mémoire sur l'Assise*, p. 110. — Hévin, *sur Frain*, t. II, p. 863 s. — Merlin, v° *Jeu de fief*, § 2.

un état de choses qui ne tarde pas à se traduire en résultats désastreux pour la haute féodalité. Obligés de garantir d'un côté ce qui ne leur est pas assuré de l'autre, les aînés font cause commune avec les puînés; les devoirs seigneuriaux sont négligés, le lien féodal se relâche, la garantie des aînés devient illusoire pour les suzerains, et le mal tend à s'insinuer jusque dans les fiefs inférieurs. En vain les grands vassaux de la couronne appellent-ils leurs arrière-vassaux pour soutenir le roi engagé dans la guerre anglaise; Philippe-Auguste est près de se voir, comme naguère l'empereur Lothaire, abandonné de ses barons, que la résistance des puînés empêche de lui fournir les secours nécessaires. C'est alors qu'apparaît la constitution de 1209, édictée à Sens dans l'assemblée des pairs du royaume; à l'avenir, toutes les fois qu'un grand fief sera divisé entre plusieurs frères, chacun d'eux sera censé tenir sa part directement du seigneur principal, et lui acquittera directement aussi les devoirs féodaux [1].

Faite pour conjurer un danger du moment, et obligatoire seulement dans les domaines du roi, l'ordonnance de 1209 n'eut qu'une influence transitoire et qu'un empire restreint. Elle ne pouvait que perpétuer la lutte qu'elle avait voulu éteindre. Bientôt, sous l'action victorieuse de la féodalité civile, les rapports des aînés et des puînés tendent à se régulariser. La coutume, attestée par Othon de Frésinge, persiste en principe et se modifie dans les conséquences. La tenue des puînés prend le nom de *tenue en parage*, les puînés eux-mêmes celui de *parageurs* ou *parageaux;* l'aîné s'appelle *chemier*, et sa part est qualifiée de *mirotier de fief*. On ne pouvait mieux dire. « Tous les puînés, « explique la Thaumassière, se voient dans la portion de l'aîné, « qui est le fief dominant, comme dans un miroir; ils le regar- « dent comme un centre commun et leur garant envers le « seigneur supérieur [2]. »

On retrouve le parage dans tous les monuments du XIIIe siè-

[1] La constitution de 1209 se trouve dans Brussel, *loc. cit.*, liv. III, chap. 13, — dans Brodeau, *sur Paris*, art. 12; — dans Pithou, *sur Troyes*, art. 14; dans les *Ordonnances*, I, 29.

[2] La Thaumassière, *Coutumes locales du Berry*, chap. 36. — Il ne faut pas confondre le *parage* avec le *frérage*. Le *frérage* est le partage du père de famille dans les fiefs supérieurs. V. de Laurière, *Ordonnonces*, I, préf., XIX. — Pithou, *loc. cit.*, p. 772. — Pasquier, *Recherches*, liv. 8, chap. 37 et 50; liv. II, chap. 15.

cle, allié aux principes héréditaires des grands fiefs. L'indivisibilité est toujours la règle des fiefs supérieurs : « Baronie, « disent les *Establissements*, ne se depart mie entre freres ; » et le *Livre de jostice et de plet* continue : « La digneté remaint à « l'ainzné ou à l'ainznée[1]. » Britton en donne une raison qui rappelle les intérêts vivaces de la féodalité militaire : « Le droit « del espee ne soeffre devision en aventure que la force du « Realme ne defaille partaunt....., et en touts cas dount les « droits des espees garder d'estre desblemys et desmembres[2]. » Seulement le père peut avant sa mort faire le partage du fief entre ses enfants, à la condition de respecter le droit de l'aîné et de n'attribuer aux puînés que le tiers de l'héritage. « Par « nostre usage, dit Pierre de Fontaines, puet li frans doner à « ses enfans le tierz de son franc fié em partie, et li départir « antre ses enfanz combien qu'il en ait, que le II parz remaignent « tozjorz al aîné[3]. » Si le père dépasse cette limite, l'aîné peut *rapeler* le partage ; dans le contraire, les puînés n'ont pas le même droit. Pierre de Fontaines en donne encore la raison : « Li mainsné n'ont pas, par nostre usage, certeine partie, se li « pères ne lor devise, mès ils ont sostenance, selonc l'eritage « le pere et lor hauterce[4]. » Quelle sera cette *sostenance?* Elle sera du tiers de la terre de l'aîné, et elle s'ouvrira, non-seulement quand le père n'aura pas fait de partage, mais encore quand la part qu'il aura attribuée aux puînés sera *molt loins del tierz*[5]. Enfin, lorsque le partage a lieu en terres, il doit se faire *sanz desmembrer;* les héritiers choisissent par rang d'âge dans la mesure de leurs droits[6]. Dans tous les cas, l'aîné prend le *chief manoir hors part*[7]. Si l'héritage à partager est un fief *entérins*, non susceptible de division, l'aîné pourvoit les puînés autrement et les garantit en parage[8].

[1] *Establissements*, liv. I, chap. 24. — *Li livres de jostice et de plet*, liv. XII, chap. 6, § 16.

[2] Britton, chap. 72.

[3] Pierre de Fontaines, chap. 34, § 2. — *Establissements*, liv. I, chap. 8.

[4] Pierre de Fontaines, chap. 34, § 3.

[5] *Establissements*, liv. I, chap. 8. — Pierre de Fontaines, chap. 34, § 4.

[6] *Li livres de jostice et de plet*, liv. XII, chap. 6, §§ 16 et 30. — Britton, chap. 72 et 73.

[7] Beaumanoir, chap. 14.

[8] *Establissements*, liv. I, chap. 8. — *Grant coustumier de Normendie*, chap. 26.

Dans les fiefs inférieurs, le partage est de principe, sauf le droit d'aînesse qui est toujours des deux tiers, et de plus le *meillor herbargage*, au choix de l'aîné, et *un arpant de porpris*[1]. Mais le principe est soumis dans son application aux intérêts du fief, et l'on ne peut partager un fief, *dont chascune partie n'est sofisanz a servir*. Suivant Pierre de Fontaines, il faut que chaque partie vaille moins de 60 sols; alors l'aîné prend le tout et garantit les puînés en parage pour leur tiers[2].

Maintenant qu'est-ce que le parage? « Teneure par parage, « dit le *Grant coutumier de Normendie*, est quant cil qui tient « et cil de qui il tient doibvent par raison de lignage estre pers « ès parties de l'heritage qui descend de leurs ancesseurs[3]. » Sa durée a pour limites celles de la parenté collatérale la plus rapprochée, et la prohibition de mariage entre les parageurs en marque le terme. Jusqu'en 1216, le droit canonique prohibait le mariage au sixième degré, et la coutume reconnaissait le parage *jusque à coisin remué de germain, et non plus;* en 1216, le concile de Latran reporta la prohibition au quatrième degré, et la coutume ramena le parage au degré de cousin germain[4]. Dans ces limites, les parageaux tiennent *aussi franchement et aussi gentement* que le chemier les terres dont ils sont pourvus; ils ne lui doivent ni hommage ni droits féodaux; leur justice est indépendante de la sienne; en un mot ils sont *paraux en fief, pares in feudo*. Le suzerain est également un étranger pour eux, et l'aîné est seul garant des charges féodales à son égard; mais ils doivent contribuer à leur acquittement, chacun dans la mesure de son droit; l'aîné doit les semondre à cet effet, et peut même, en cas de refus, faire justice; s'il omet de les semondre, il perd tout droit de contrainte et ne peut plus attendre que de leur bon vouloir leur contribution à *l'aide*[5].

L'aîné doit en outre marier les filles *à hommes ydoines sans les deparager*, et les doter convenablement. S'il leur donne *petit*

[1] *Li livres de jostice et de plet*, liv. XII, chap. 6, § 30. — Beaumanoir, chap 14.

[2] Pierre de Fontaines, chap. 34, §§ 8, 9, 10.

[3] *Grant coustumier de Normendie*, chap. 30.

[4] De Laurière, *sur les Establissements*, liv. I, chap. 74. — *Li livres de jostice et de plet*, liv. XII, chap. 6, § 19. — *Establissements*, liv. I, chap. 22.

[5] *Establissements*, liv. I, chap. 42 et 43. — *Grant coustumier de Normendie*, chap. 30. — Chopin, *De moribus andium*, lib. II, tit. 2, n°. 3; il cite *li Estatu dou royaume de France*.

mariage, celui qui les épouse peut refuser et demander leur *avenant partie* dans l'hérédité. S'il ne veut pas les marier, il doit leur donner leur tiers qu'elles tiennent en parage, comme les autres puînés; et celui qui les épouse alors devient le parageau de l'aîné, à qui il n'est pas dû de rachat pour ce mariage [1]. Lorsqu'il n'y a que des filles, il n'y a point à vrai dire d'*enneence;* l'aînée prend seulement le *chief-manoir* hors part; mais, s'il s'agit d'une baronie, on ne doit pas la démembrer : l'aînée la prend seule avec *un cocq, s'il i est, et s'il n'i est V s. de rente*, et garantit les autres en parage [2].

Tel est le parage de la France du centre et de l'ouest. Au nord et à l'est, les puînés relèvent à leur choix, soit du seigneur selon l'ordonnance de 1209, soit de l'aîné suivant l'ancien usage. « Quand li fief, dit Beaumanoir, se part entre freres et « sereurs en deschendant, et li mainsné emportent le tiers, « douquel tiers il font hommage à leur frere ainné, il convient « que li tiers que li mainsné emporte deviengne arrière-fief dou « seigneur [3]. » Et l'on retrouve les mêmes principes en Bourgogne et en Champagne [4]. Dans le droit breton, l'*Assise* de 1185 lutte avec avantage contre les progrès de la féodalité civile; et ce n'est qu'à la fin du XIIIe siècle que la *tenue en jouveignouraye*, c'est le nom qu'il donne au parage, obtient quelques concessions longtemps disputées.

On se souvient de cette disposition de l'*Assise* qui, dans le cas où l'aîné concédait un fief au puîné à ligence, édictait le retour de ce fief au suzerain, si le puîné mourait sans en avoir disposé. Devant cette rigueur de la loi féodale, les concessions à ligence de l'aîné au puîné étaient devenues presque impossibles, et les fiefs supérieurs en souffraient. Une constitution du duc Jean Ier, de 1275, dispose d'abord que « si aucun des esnez « prenait son jouveignour à homme, et iceluy jouveignour « meurt sans heir de son corps, par l'assise au comte Geffroy

[1] *Grant coustumier de Normendie*, chap. 26. — *Establissements*, liv. I, chap. 9 et 22. — Cf. sur le *Frank mariage* du droit anglo-normand, Glanville, lib. VII, cap. 18, et Littleton, liv. I, sect. 17, 20 et 138.

[2] *Li livres de jostice et de plet*, liv. XII, chap. 6, § 30. — *Establissements*, liv. I, chap. 10. — Beaumanoir, chap. 14. — Pierre de Fontaines, chap. 34, § 12.

[3] Beaumanoir, chap. 47.

[4] *Li droit et lis coustumes de Champaigne*, art. 15. — *Coustumes et stilles gardez ou duchie de Bourgoingne*, art. 185. — (Giraud, *loc. cit.*, II, 299.)

« ne remainge pas que la terre ne tournege à l'esné ou à l'heir « de l'esné, sauf l'ordrenance resnable au jouveignour [1]. » — Puis, en 1301, dans une constitution du duc Jean II, on voit apparaître, à côté du principe de l'indivisibilité des fiefs supérieurs, le droit octroyé au père de famille par les *Establissements* de faire *partie* de ces fiefs à ses enfants; on y trouve aussi, consacré par un texte, l'usage qui depuis longtemps a fixé au tiers le droit des puînés, abandonné par l'*Assise* au bon vouloir de l'aîné; enfin on y rencontre presque textuellement reproduites les dispositions des *Establissements* sur le parage [2]. — Plus tard, en 1315, le duc Jean III reconnaît le droit des puînés à un *avenant*, selon l'importance du fief et le nombre des enfants, et il revient aux sous-inféodations que favorisait *l'Assise* : Les puînés, dit-il, tiendront leur part de l'aîné en ramage et lui en feront hommage, *et au seigneur la ligence*, tandis que les puînées ne devront hommage qu'au seigneur [3]. — Enfin, en 1341, l'arrêt de Conflans, rendu par les pairs du royaume, fixe le droit breton en cette matière : « Quandò sunt plures fratres, « primogenitus in omnibus feudis quantumcumque magnis et « nobilibus, etiamsi comitatus, baronniæ aut vicecomitatus « existant, hæres ut proprietarius succedit, et solus et in soli- « dum recipitur ad fidem et homagium feudorum prædictorum, « et fratribus suis junioribus seu post natis tenetur facere pro- « visionem victûs seu apanagium, secundùm eorum statum et « quantitatem terræ, ità tamen quòd status primogeniti et ac- « cessoria integra perpetuo conserventur [4]. » Il s'agissait au procès que termina l'arrêt de Conflans de la succession du duc Jean III, que disputait à Charles de Blois Jean de Montfort, troisième frère du duc. Charles de Blois, époux de Jeanne la Boiteuse, fille du second frère de Jean III, l'emporta. C'était la cause des puînés contre les aînés [5].

A partir du XIVe siècle, l'hérédité féodale se gouverne sans conteste par les principes que le XIIIe a fixés. C'est l'indivisi-

[1] Hévin, *sur Frain*, II, 550. — D'Aguesseau, *Mémoire sur l'Assise*, p. 125.

[2] Ordonn. du duc Jean II en interprétation de l'Assise du comte Geoffroy, de 1185, art. 5, 7, 11, 12, 17, 18, 22. (Hévin, *Questions féodales*, in fine.)

[3] Constitut. du duc Jean III, art. 3, 4, 5. (Hévin, *loc. cit.*) — Cf. Glanville, lib. VII, cap. 3. — Fleta, lib. III, cap. 16, nos 6 et 7.

[4] D'Argentré, *Histoire de Bretagne*, p. 236. — D'Aguesseau, *loc. cit.*, p. 152 à 154.

[5] D'Argentré, *loc. cit.*, p. 230.

bilité dans les fiefs supérieurs, le partage dans les fiefs inférieurs, mitigé par le droit d'aînesse restreint, dont la quotité seule varie selon les coutumes [1]. Quant au parage, il s'efface lentement avec les intérêts qui l'ont suscité, et se retranche peu à peu dans certaines provinces où les souvenirs féodaux demeurent plus profondément empreints. Vous le retrouverez dans la *Très-ancienne coustume de Bretaigne*, tel que l'ont admis les dispositions de la constitution de Jean II; dans Bouteillier et dans les premières rédactions coutumières de la Normandie, de l'Anjou, du Maine, du Poitou, de la Touraine, tel que l'ont révélé le *Grant coustumier de Normendie*, les *Establissements* et les autres monuments contemporains [2]. « Au nord, suivant Bouteillier, « le puîné tiendra sa part du seigneur de qui le fief est tenu, si « luy plaist, ou de son aisné frere s'il luy plaist, et l'un prins et « choisi, il ne peut jamais retourner à l'autre [3]. » A Paris, suivant Brodeau, le parage se conservera, chaque jour déclinant, jusqu'à la réformation officielle de la coutume, qui lui refusera ses lettres de naturalisation [4].

Tandis que l'hérédité des fiefs suivait ces péripéties, l'aliénation et la sous-inféodation subissaient des phases analogues.

La France ne garda pas longtemps la rigueur des principes primitifs de la féodalité militaire sur l'aliénation du fief, tels que les *Assises de Jérusalem* les avaient édictés. On admit de bonne heure la patrimonialité des fiefs, sur ce terrain comme sur celui de l'hérédité. Les droits pécuniaires que le seigneur percevait à chaque aliénation ne contribuèrent pas peu à favoriser cette innovation; seulement on conserva le consentement du seigneur comme condition essentielle de la disposition. Les vassaux essayèrent bien de se soustraire à cette rigueur; mais les intérêts que menaçait leur prétention étaient encore trop importants pour qu'on ne la combattît pas sévèrement. Au XIIIe siècle, la cour du roi, non contente de briser le contrat, frappait encore le vendeur d'une grosse amende [5].

[1] Bouteillier, *Somme rurale*, liv. I, tit. 76.

[2] *Très-ancienne coustume de Bretaigne*, art. 150, 209, 210, 222, 225, 250. — Bouteillier, *loc. cit.*, liv. I, tit. 84; et Charondas, *ibid.* — *Normandie*, 127 à 137, 336. — *Maine*, 227 à 236. — *Anjou*, 212 à 222, 278. — *Touraine*, chap, 13. — *Poitou*, 106 s.

[3] Bouteillier, *loc. cit.*, tit. 84.

[4] Brodeau, *sur Paris*, art. 13, n° 21.

[5] *Olim.* (éd. Beugnot), I, p. 448, 614, 647 et 939. — Arrêts de 1265, 1266,

Du même coup qu'elle avait atteint le partage, la constitution de 1209 avait également atteint la sous-inféodation. Aussi le droit du XIIIe siècle la renferme-t-il dans les limites les plus étroites. Suivant Beaumanoir, elle ne peut porter que sur le tiers du fief, et la commise l'atteint si elle dépasse cette limite; elle doit de plus être soumise à l'assentiment du seigneur, sous la même sanction [1]. Le coutumier de Champagne ne la tolère que de la part des châtelains et des barons, pourvu qu'elle soit faite à titre gratuit; les autres seigneurs ne peuvent sous-inféoder qu'en faveur du mariage de leurs enfants [2].

Au XIVe siècle et au XVe, le consentement du seigneur n'est plus requis pour l'aliénation; la patrimonialité des fiefs est désormais un principe constant à ce point de vue. « Les choses « féodaux, pour parler comme Desmares, cheent aussy bien en « obligation et hypotheque comme ceux en censive [3]. » « Feuda « regni Franciæ, dit Jean Faber, sunt hodie de consuetudine « nostrâ patrimonialia, et vendi et donari possunt [4]. » Il en est autrement de la sous-inféodation, ou même de l'aliénation partielle, et le seigneur peut refuser son assentiment, « ou cas où « il ne voudrait pas son fief estre demembré [5]. »

III. *La maxime le mort saisit le vif.* — Dès l'origine, le consentement du seigneur était nécessaire à tout acte qui avait pour but et pour résultat de faire sortir le fief des mains du vassal. On ne faisait pas d'exception pour les fiefs héréditaires, lorsqu'ils passaient du vassal à son héritier. De même que l'acquéreur était tenu de se faire ensaisiner par le seigneur, de même l'héritier était obligé de recevoir de ses mains la saisine de la succession. Tout porte à croire que les formes de l'ensaisinement étaient les mêmes dans les deux cas, et l'on ne saurait douter que la saisine de l'héritier, comme celle de l'acheteur, n'ait eu besoin pendant longtemps d'être confirmée et complétée par la pos-

1275 et 1295. — Cf. *Coustumes et stilles gardez ou duché de Bourgoigne*, art. 33 s.

[1] Beaumanoir, chap. 14 et 47.

[2] *Li droict et li coustumes de Champaigne*, art. 14. — Cf. *Coustumes et stilles gardez ou duchie de Bourgoingne*, art. 185.

[3] Desmares, décis. 184.

[4] Faber, *ad Codic.*, I, 2, n° 24.

[5] *Coustumes natoires*, art. 162

session annale[1]. La position exceptionnelle des fiefs héréditaires avant le capitulaire de Kiersy, peu nombreux qu'ils étaient, et nécessairement livrés au caprice des seigneurs, donnait à cette règle un empire d'autant plus sûr que son application fournissait aux vassaux l'occasion toujours précieuse de faire ratifier leurs titres sur ces fiefs[2].

Quand l'hérédité fut devenue la loi générale des fiefs, en même temps que la féodalité la loi générale des terres, le caractère essentiellement personnel du lien qui unissait le vassal au seigneur, conduisit à ce résultat, que le contrat féodal était résolu dès que l'une des parties venait à faire défaut, et que le seigneur, à la mort du vassal, devait former avec l'héritier de celui-ci un contrat nouveau. Le respect de ce principe tenait à la sauvegarde même de la féodalité militaire. Quant la féodalité civile vint à poindre, l'usage s'introduisit de payer au seigneur un droit pécuniaire pour la saisine héréditaire, comme pour la saisine ordinaire. Puis, à mesure que la rigueur des principes primitifs vint à fléchir et que le contrat féodal tendit à se transformer en une sorte de louage, dont le seigneur s'efforça de retirer le plus de profits possible, ce droit tendit à s'augmenter. On lui donna dès l'origine les noms de *relief* et de *rachat*, qui réveillent d'eux-mêmes l'idée qui précède. *Relief*, parce que « l'en peut dire que par la mort du vassal le fief gist et chiest « en terre par tele maniere qu'il ne peut estre possédé ne par « le seigneur, ne par l'heritier, fors quant il est relevé par le « seigneur direct[3]. » *Rachat*, « quia reversum in jurisdictionem « patroni vassali morte heres anni unius fructibus redimit[4]. » On l'appela encore *placitum*, parce qu'il fut d'abord à la discrétion du seigneur, qui mettait son consentement aux plus hauts prix. Plus tard, le *rachapt à mercy* devint une des exactions seigneuriales les plus odieuses; les vassaux résistèrent, et l'on vint enfin à une composition qui fixa généralement le relief au revenu de la terre pendant un an[5].

[1] *Charte de Pontoise*, art. 12. — Ducange, v° *Saisina*. — *Coutumier d'Artois*, chap. 24, §§ 5 à 12.

[2] Dom Bouquet, VIII, 471. — Baluze, II, 1400.

[3] Ducange, v° *Relevium*. — *Grand coustumier*, liv. II, chap. 21. — Galland, *Franc aleu*, chap. 6.

[4] Glanville. lib. VIII, cap. 3. — Fleta, cap. 17, n° 1. — Britton, chap. 69.

[5] Galland. *loc. cit.*, chap. 6. — Ducange, v° *Relevium*.

Cette conquête des vassaux se régularisa au XIIIe siècle, dans les premiers engagements de la lutte des légistes contre la féodalité. Une ordonnance de 1235 la consacra pour les domaines du roi; elle fut introduite également dans le Maine et l'Anjou, en 1246; dans le Poitou, en 1269 [1]. Tous les coutumiers de l'époque la proclament : « La meson, dit notamment le *Livre « de jostice et de plet,* quand ele doit relever, se l'en n'en fet la « volonté au seignor, done de relief ce que ele vaut de loer « un an [2]. » Il faut le remarquer dès maintenant, le relief n'atteignait alors que la mutation qui s'opérait dans le fief par la succession, mais non celle qui résultait du partage, cette dernière n'étant que la conséquence de l'autre [3].

Ce premier avantage encouragea les légistes à pousser leurs attaques contre l'ensaisinement héréditaire lui-même et contre le relief qui en était la suite; la lutte suivit en cette matière les phases que nous l'avons déjà vue suivre, touchant l'ensaisinement de l'acheteur.

Le droit romain, qui était alors l'oracle de la jurisprudence, proclamait hautement l'identité juridique du *de cujus* et de l'héritier. *Vox tua,* disait-il en s'adressant au père, *tanquàm filii sit, sicuti et filii vox tanquam tua intelligitur in rebus quæ tibi adquiri possunt* [4]. Ailleurs il ajoutait : *Statim morte parentis quasi continuatur dominium* [5]. Ailleurs encore, parlant du colon dont le droit passait à ses héritiers, il poursuivait : *Donec ejus vel antiquitas, vel posteritas, vel cognatio in agrum remanet, ipse videtur ibi resedisse* [6]. Ces principes, développés par les glossateurs et transmis au droit féodal par l'intermédiaire de l'emphytéose, fournirent aux légistes l'argument suivant : S'il n'y a pas de mutation du père au fils, et s'ils ne forment l'un et l'autre qu'une seule et même personne, ce n'est donc pas le seigneur qui saisit l'héritier, c'est le défunt qui saisit son successeur, c'est le mort qui saisit le vif; à quoi bon dès lors et l'ensaisinement qui n'est plus qu'une formalité superflue, et le relief qui n'est plus qu'une exaction sans raison [7]?

[1] *Ordonnances,* I, 55, 58.
[2] *Li livres de jostice et de plet,* liv. XII, chap. 15, § 1.
[3] *Li livres de jostice et de plet,* liv. XII, chap. 15. § 2.
[4] *Institut.,* lib. III, tit. 20, § 4.
[5] *Institut.,* lib. III, tit. 1, § 3.
[6] L. 22, C., *De agricol. et colon.*
[7] De Laurière, *sur Loiret,* liv. II, tit. 5, règ. 1. — *Olim.* (éd. Beugnot), t. II, p. 265, n° 13; arr. de 1259.

L'argument triompha sur le terrain des censives. « Li usages « de Paris et d'Orliens, nous apprennent les *Establissements*, « si est tieux que *li mort sesit le vif*, et que il doit avoir sesine, « se autres ne se trait avant qui ait plus grand droit en la chose « que cil ; » et ils citent à l'appui la loi *Quamvis quis se*, au Code *De ed. divi Adr. toll.* [1]. Pierre de Fontaines vise la loi 1, § 13, D., *De inoffic. testam.*, et il poursuit : « Bien s'accorde à nostre « usage que de toz les biens au mort sont li hoyr mis en seisine, « et d'els demende l'en les lais [2]. » Pour les fiefs, le succès fut partagé. Les uns, comme Philippe de Navarre et Jean d'Ibelin, disent nettement : « Quant Dieu fait son commandement d'au- « cun ou d'aucune qui ait fié, s'il est fil ou fille loial qui soit « d'aage, il se puet saisir dou fié sans parler à seigneur [3]. » Beaumanoir dit de même avec une légère nuance : « Se aucuns « ne li empesche sesine, il ne li est pas mestier qu'il en face « demande, car il puet entrer en la sesine sans parler à sei- « gneur ; se che est fief, il doit aler à l'hommage du seigneur, « dedans les XL jours que il est entrés en la sesine [4]. » Il distingue avec soin l'ensaisinement qui crée la propriété de l'hommage qui consacre le lien féodal ; le premier vient de la loi, le second du seigneur. Mais ce ne sont là que des tentatives isolées d'esprits supérieurs qui devancent leur siècle. La pratique est contraire ; lisez le *Livres de jostice et de plet* : l'héritier doit demander la saisine devant la cour du seigneur, et faire preuve du décès de son auteur, puis, si dans les quarante jours il ne se produit pas de raisonnable contredit à sa demande, il reçoit en même temps l'ensaisinement et l'investiture [5].

Même résultat pour le relief. Les censives ne le payent plus. Quant aux fiefs, une ordonnance de 1246 les en a affranchis dans le Maine et l'Anjou, en ligne directe descendante et en ligne collatérale au premier degré seulement : *Dominus non habet racharum de patre ad patrem, nec de fratre ad fratrem* [6]. Beaumanoir nous apprend aussi que dans la contée de Clermont

[1] *Establissements*, liv. II, chap. 4.

[2] Pierre de Fontaines, chap. 33.

[3] Philippe de Navarre (éd. Beugnot), chap. 20. — Jean d'Ibelin (*ibid.*, chap. 151 s.

[4] Beaumanoir, chap. 6.

[5] *Li livres de jostice et de plet*, liv. XII, chap 22, § 1; liv. XVI, chap. 2, § 4. — Cf. *Coustumes et stilles gardez ou duchie de Bourgoingne*, art. 17.

[6] *Ordonnances*, I, 50.

en Beauvoisis, et à quelques rares exceptions près, « uns fief « qui vient en descendant ne doit rachapt au seigneur [1]. » Mais en retour le *Livres de jostice et de plet*, écho fidèle de la pratique coutumière, dispose que « quant pere et mere muert, li enfant « relievent de la mort de leur pere et mere communement [2]. »

Le droit demeure stable sur ces divers points à travers le XIVe siècle et le XVe. Les légistes n'obtiennent qu'une concession, l'abandon du relief pour les successions directes descendantes [3]. En ce qui touche l'ensaisinement, les censives seules continuent à s'en affranchir; encore, suivant Desmares, certaines coutumes locales de la prévôté et vicomté de Paris conservent-elles à ce sujet les anciennes rigueurs [4]. Les fiefs, au contraire, c'est toujours Desmares qui l'atteste, répudient toujours la règle *le mort saisit le vif*; nul ne peut s'en dire saisi « se il n'en est « en foy et hommage ou souffrance qui le vaille par le seigneur « de qui le fief est tenu. » On précise encore : jusqu'à l'hommage ou sans la souffrance, « le fils n'est saisy ni possesseur « du fief de son feu père [5]. » On insiste même : « Saisine de droit « ni autre n'est acquise sans foi, car le seigneur direct est avant « saisi que l'héritier. » Et, si vous en cherchez la raison, on vous dira que « le seigneur féodal a la seigneurie directe, à la « quelle la profitable est adoncques conjointe et annexée par la « mort du vassal [6]. » Les feudistes ne dissimulent pas néanmoins que c'est là un droit rétrograde qui semble mettre en échec le principe de l'hérédité des fiefs, un droit *haineux*, selon l'expression de Bouteillier [7]. La saisine héréditaire, qui « n'a pas « lieu en ce qui touche le seigneur, » conserve toute sa puissance « au regard des autres [8]. » Enfin on sent l'approche d'une réforme radicale à ces mots du *Grand coutumier* : « En cas de « fief, la saisine n'ira jamais à l'héritier par la mort de son pré- « décesseur tant seulement; mais l'on peut bien dire que le « droit lui compète par la mort, en telle manière que, l'hom-

[1] Beaumanoir, chap. 14.
[2] *Li livres de jostice et de plet*, chap. 15, § 3.
[3] Desmares, déc. 193.
[4] Desmares, déc. 52, 234, 285.
[5] *Coustumes notoires*, §§ 53, 54, 72, 124, 135. — Desmares, déc. 285.
[6] *Grant coustumier*, liv. II, chap. 31.
[7] Bouteillier, *Somme rurale*, tit. 89.
[8] Desmares, déc. 285.

« mage fait, il se peut de son autorité ensaisiner sans danger [1]. » Cette réforme, il appartiendra à la coutume de Paris de la consacrer dans sa première rédaction, et, au commencement du XVIe siècle, la règle *le mort saisit le vif* ne connaîtra plus d'entraves [2].

IV. *Théorie des glossateurs et des bartolistes sur les aliénations nécessaires.* — Nous sommes demeurés jusqu'ici dans le domaine des faits, il faut entrer maintenant dans le domaine des principes.

Le partage, en droit romain, n'avait pas de nature précise. Tantôt on le comparait à une vente, *divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit* [3]; tantôt on l'assimilait à un contrat innomé [4]; dans certains cas même, on ne lui reconnaissait d'autre valeur que celle d'un simple pacte, *divisionis placitum, nisi stipulatione vel traditione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse potest* [5]. Papinien penchait à lui accorder le caractère d'un échange, *permutatio rerum discernens communionem* [6]. De ces points de vue divers découlaient des conséquences diverses comme eux : la mise en possession seule transférait au copartageant le domaine de sa part héréditaire [7]; le partage, comme la vente, formait un juste titre de possession pour l'usucapion [8]; le cohéritier, évincé des choses qu'il avait reçues en partage, pouvait recourir contre ses copartageants par l'action *ex empto* [9]; à titre de contrat innomé, le partage engendrait, en cas d'éviction, l'action *præscriptis verbis* [10].

Ces divers aspects n'étaient que des manières différentes d'expliquer un principe incontesté, à savoir que le partage était

[1] *Grant coustumier*, liv. II, chap. 21.

[2] *Paris* (1510), art. 132. — V., sur ce qui précède et pour plus de détails, un travail de M. Renaud, de Berne, publié dans la *Kritische Zeitschrift* de Mittermaier, et analysé par M. Chauffour dans la *Revue de législation* (1847, II, 74 et 325).

[3] L. 1, C., *Commun. utriusque judic.*

[4] L. 14, C., *Famil. erciscund.*

[5] L. 16, D., *De pactis.*

[6] L. 20, § 3, D., *Famil. erciscund.*

[7] L. 15, C., *Famil. ercisc.*

[8] L. 17, C., *De pactis.*

[9] L. 66, § 3, D., *De eviction.*

[10] L. 7, C., *Comm. utr. jud.*

une aliénation. Comme aliénation le partage ne pouvait être consenti que par des individus capables d'aliéner; il donnait à chaque copartageant la *rei vindicatio* sur les choses qui tombaient dans son lot; il transmettait à chacun les biens qui venaient lui échoir dans l'état et dans la condition où ils se trouvaient à l'époque de la division, grevés des hypothèques qui les affectaient alors [1]. Seulement, pour obvier aux funestes conséquences de ce dernier principe, la loi voulait que l'arbitre chargé du partage déduisît en moins-value, sur l'héritage grevé de charges, les chances de dépossession que courait le copartageant à qui il l'attribuait. *Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem æstimare debere quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Julianus ait* [2].

Imbus de ces idées, les glossateurs se trouvaient jetés dans d'inextricables difficultés en présence des principes du droit féodal sur le partage. D'où venait, par exemple, que ce droit prohibât l'aliénation du fief, lorsqu'elle avait lieu sans le consentement du seigneur, et qu'il en permît le partage sans distinction? D'où venait encore que le relief atteignît les aliénations en général, et respectât les partages qui contenaient cependant une aliénation?

On proposait plusieurs moyens à la solution de ce problème. Les uns disaient : le partage dépouille son caractère d'aliénation, quand il porte sur une chose litigieuse, la novelle 112 le dit expressément, *quandò res litigiosæ per successionem ad heredes perveniunt, non debet alienatio intelligi earum inter heredes divisio;* pourquoi n'étendrait-on pas l'exception aux fiefs [3]? Les autres s'emparaient de l'assimilation faite par Papinien, et soutenaient que le partage constituait un échange, une subrogation de parts, *portio unius succedat loco alterius;* or, en droit féodal, l'échange échappait au relief [4]. Ces deux explications avaient peu d'adhérents, et l'autorité de Paul de Castro n'avait pu soustraire la seconde à un abandon presque général. On reconnaissait de toutes parts que le partage était une aliénation, mais on disait qu'il était une aliénation néces-

[1] L. 15, C., *Famil. ercisc.*

[2] L. 66, § 8, D., *Communi divid.*

[3] Le président Favre, *De erroribus pragmaticorum*, déc. 98, err. 3 et 4.

[4] Tiraqueau, *De retraict lignager* (dans le traité *De utroque retractu*), § 32, nos 88 et 89.

saire, et, sur ce fondement, on expliquait les dérogations de ses principes à ceux des aliénations ordinaires qu'on qualifiait de volontaires.

La théorie des aliénations nécessaires joue un grand rôle dans l'école bartoliste; l'invention en remonte, dit-on, à Guillaume de Cumo; Bartole en fut le plus ardent défenseur; il faut voir comment il l'appliquait au partage.

Le droit romain accordait au propriétaire d'une chose volée une action personnelle, *condictio furtiva*, qui cessait d'avoir effet du moment où la propriété de la chose sortait de ses mains par un mode légal; *et ideò si eam rem alienaverit, condicere non poterit*. Marcellus, armé de ce principe, se plaçait dans l'hypothèse où une chose indivise était volée, et il se demandait si, le partage survenant ensuite et faisant tomber la chose dans le lot d'un héritier, cet héritier conservait la *condictio*. La difficulté venait de ce que le partage constituait pour lui un titre nouveau d'acquisition, et qu'il était censé avoir aliéné la chose. Le jurisconsulte la tranchait par une distinction : si le copartageant dont s'agit avait provoqué le partage, il était déchu; sinon, il conservait l'action. *Si provocatus es, retineas*. De cette distinction, il tirait la maxime générale : *Si dominium* NON SUO FACTO *amiseris, condices*[1]. C'est là le germe des aliénations nécessaires.

La glose d'Accurse s'arrêtait sur la loi de Marcellus au mot *retineas*, et se posait le dilemme suivant : ou la chose volée se trouve en la possession des copartageants, et alors la *condictio* n'a plus d'objet; ou elle ne s'y trouve pas, et alors comment concevoir que le partage en ait transféré la propriété à l'un d'eux, puisqu'il ne peut y avoir de translation de propriété sans tradition? Azon s'était posé la question avant Accurse; sa solution ne mérite d'attention que pour sa singularité; *pone*, avait-il dit, *quòd fur, statim re adjudicatâ socio, ei tradidit possessionem, quia erat homo potens, non tamen volens restituere cui subripuerat, spernens eum; vel pone eam possessionem devenisse ad dominum qui ignorans suam esse, alicui pretium vel æstimationem præstitit, et sic consecutus est rem*. Accurse alléguait un motif plus sérieux. Le domaine, disait-il, était transféré en matière de partage par le seul effet de l'*adjudicatio* que pronon-

[1] L. 10 et 12, D., *De condict. furt.*

çait le juge, sans qu'il fût besoin d'aucune mise en possession; *dic speciale in tribus judiciis istis, scilicet familiæ erciscundæ, communi dividundo et finium regundorum, ut transferatur sine possessione ex solâ sententiâ dominium;* et il citait à l'appui la loi 16, D., *De fundo dotali* [1]. •

Bartole, l'ennemi déclaré de la glose, arrêtait Accurse au mot *retineas*, et lui opposait le principe : *Traditionibus non nudis pactis dominia rerum transferuntur*. Puis il continuait : supposons un fonds emphytéotique indivis entre plusieurs communistes; ils partagent; devront-ils, à cette occasion, au propriétaire du fonds la redevance pécuniaire dont la loi 3, C., *De jure emphyt.*, frappe toutes les aliénations? Non, car si le partage contient une aliénation, cette aliénation puise un caractère de nécessité dans le principe que nul n'est tenu de rester dans l'indivision, elle ne doit donc pas tomber sous le coup de la loi commune. *Menti teneamus hanc distinctionem de eo qui alienat voluntariè vel necessariè quod facit ad multa* [2]. La théorie des aliénations nécessaires est inoculée au partage, le conflit du droit romain et du droit français semble apaisé.

A mesure qu'on marche vers le XVIe siècle, la théorie se précise; on la réduit en un axiome : *Generale est ut quavis alia venditio necessaria non contineatur in prohibitione alienationis* [3]. On en tire les conséquences légales, *nec ea prohibetur fieri sine consensu domini..... nec ex eâ quoque dominus habet laudimia, quamvis ex venditione habeat* [4]. Pourquoi le partage du fief est-il permis sans distinctions, quand la vente ne l'est que sous l'approbation du seigneur? Le partage est une aliénation nécessaire. Pourquoi le relief qui frappe les mutations en général épargne-t-il le partage? Il faut en demander compte à la nécessité. *Ex divisione non debetur laudimium, quia divisio dicitur alienatio necessaria* [5]..... En un mot, il n'est rien que ne justifie la nécessité, et le président Favre a pu écrire avec raison : *Quum semper necessitas faciat licitum quod alioquin esset illicitum* [6].

Mais aussi, à mesure que la théorie se précise, les schismes

[1] Accurse, sur la loi *Et ideò*, D., *De condict. furt.*, v° *Retineas*.
[2] Bartole, sur la loi *Et ideò*, v° *Retineas*.
[3] Tiraqueau, *ub. sup.*, § 1, gl. 14, n° 11.
[4] Tiraqueau, *loc. cit.*, ibid., n° 10.
[5] Boerius, *Ad cons. Biturîc.*, tit. 4, art. 7.
[6] Le président Favre, *loc. cit.*, déc. 98, err. 3.

s'élèvent dans son sein. Admise par tous dans son principe, elle est reniée par quelques-uns dans telle ou telle de ses conséquences, démembrée par quelques autres au moyen de distinctions captieuses.

Les uns prennent à la lettre la doctrine de Marcellus, et soutiennent que le partage n'a le caractère d'aliénation nécessaire qu'à l'égard de celui contre qui il est provoqué, tandis qu'il reste une aliénation ordinaire à l'égard de celui qui le provoque; d'où ils concluent que le relief, s'il n'est dû par celui-là, l'est du moins par celui-ci. *Hoc scilicet divisionis casu debentur laudimia ab eo qui provocat, et non à provocato, per l.* 12, *D., De cond. furt. quæ satis pro eâ parte urgere videtur* [1]. — Les autres restreignent la doctrine de l'aliénation nécessaire au partage héréditaire. *Quantùm pertinet ad divisionem bonorum quæ fit inter aliquos, ità distingui solet : aut fit divisio voluntaria, et ex eâ debentur laudimia, ut ex eâ quæ fit inter consocios; aut est divisio necessaria, ut ex eâ quæ fit inter coheredes, et tunc nullum debebitur laudimium* [2]. — Enfin, certains docteurs ne considèrent comme un partage que celui dans lequel tous les intéressés prennent une part à la chose indivise; si, par une convention particulière, un des cohéritiers retient la chose entière, à la charge de récompenser les autres en argent ou en nature, ils disent qu'il n'y a aliénation nécessaire que pour la part de ce cohéritier, et ils concluent que, pour les autres parts, le relief sera dû. *Aut fit divisio ipsius rei inter eos pro rata portionis cujusque, et tunc nihil debetur domino directo; aut res ipsa in se non dividitur, sed tota assignatur uni qui alios recompensat in pecuniâ aut aliis rebus, et tunc debentur jura domino pro portionibus quas is cui tota res remanet acquisiit ab aliis* [3].

Les mêmes idées se retrouvaient dans la matière de la licitation qui n'était qu'un mode spécial de partage.

Apportée, dit-on, de la Grèce à Rome, la licitation avait en droit romain la même nature que le partage, et suivait les mêmes principes. Seulement, elle ne pouvait avoir lieu qu'au cas où la chose indivise n'était pas susceptible de division, sans désavantage pour les communistes; ces derniers y prenaient

[1] Bartole, *loc. cit.* — Pontanus, *sur Blois*, art. 88. — Le président Favre, *loc. cit.*

[2] Dumoulin, *Ad cons. paris.*, tit. 1, § 33, gl. 1, n° 69.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid.

seuls part, à moins que l'un d'eux ne déclarât qu'il ne pouvait couvrir l'enchère même la moins forte; dans cette seule hypothèse, les étrangers y étaient admis; enfin la licitation se faisait devant le juge qui en proclamait le résultat par l'*adjudicatio*[1].

Le droit féodal, s'il faut en croire d'Argentré, ne vit d'abord dans la licitation qu'un moyen prompt et facile de trancher les difficultés qui embarrassaient souvent le partage, et de sauvegarder le fief du démembrement qu'entraînait la division. On n'exigea donc pas les droits seigneuriaux de la licitation, non plus que du partage dont elle était une variété[2]. Mais, quand la féodalité devint surtout fiscale, elle voulut arguer des points de ressemblance qui rapprochaient la licitation de la vente, pour appliquer à l'une les profits qu'elle percevait sur l'autre[3].

Cette prétention trouva quelques échos dans la science; la majorité des docteurs s'en tint néanmoins au principe de l'aliénation nécessaire, d'autres distinguèrent. Si la licitation avait lieu entre les cohéritiers seulement, sans admission d'étrangers, elle n'avait le caractère d'aliénation nécessaire qu'à l'égard de la portion de celui des cohéritiers qui restait adjudicataire; pour les autres portions, le relief était dû. La licitation avait-elle lieu avec admission d'étrangers, que la chose demeurât à l'un des cohéritiers ou à un étranger, il importait peu, la seule présence des étrangers imprimait à l'acte le caractère d'une aliénation volontaire, et le relief devait être payé de la totalité[4].

AUBÉPIN.

[1] L. 1 et 3, C., *Comm. divid.* — *Institutes*, lib. IV, tit. 17, § 5.

[2] Loisel, *Institut. coutum.*, tit. *Des cens*, reg. 13.

[3] D'Argentré, *Advis sur les partages nobles*, quest. 40.

[4] D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 73, note 4, n° 3. — Dumoulin, *loc. cit.*, tit. 1, § 33, gl. 1, n°s 70, 71. — Pontanus (*sur Blois*, art. 88), enseignait que le relief n'était dû dans aucun cas de la licitation, non plus que du partage.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DU JURY.

DE LA POSITION DES QUESTIONS AU JURY EN MATIÈRE CRIMINELLE [1].

Par M. Th. Bazot,
docteur en droit, substitut du procureur impérial à Angoulême.

PREMIER ARTICLE.

J'ai examiné, dans la *Revue critique*, le caractère général des attributions du jury. Cette dissertation peut servir de préface à l'étude que j'entreprends aujourd'hui sur la position des questions au jury en matière criminelle. J'aurai en effet l'occasion de démontrer que les principes que j'ai précédemment établis sont de nature à éclairer plusieurs points de mon sujet : sans autre préambule j'entre donc en matière.

Après avoir prononcé la clôture des débats, le président des assises résume l'affaire, rappelle aux jurés les devoirs qu'ils auront à remplir, enfin il pose les questions qui devront faire l'objet de leur délibération.

Le préteur, à Rome, traçait au juge, dans une formule, les règles qui devaient déterminer son jugement; bien différente est la mission que notre législation criminelle a confiée au président des assises. Il ne faut pas en effet s'arrêter à des analogies apparentes : le préteur, dans la procédure formulaire, instituait le juge, puis enfermant celui-ci dans une alternative à laquelle il ne pouvait se soustraire, il lui dictait presque la sentence; le président des assises, au contraire, trouve des juges institués par la loi; il prépare la solution des débats sans les préjuger; il interroge, mais ne décide rien par avance.

Cette mission d'une haute importance offre de nombreuses et graves difficultés; un aperçu rapide jeté sur l'ensemble de la matière permettra d'en juger.

[1] Ce travail renferme de nombreuses lacunes, mais il en est une qui serait trop choquante si elle n'était expliquée. Nous n'avons pas mentionné le savant commentaire de M. F. Hélie sur la matière que nous examinons; une date nous justifiera. Cette dissertation écrite en 1859 a été adressée à la *Revue* au mois de décembre 1859, et le tome IX du *Traité d'instruction criminelle* n'a paru qu'*au cours de l'année* 1860.

Les questions doivent se référer aux faits contenus dans l'acte d'accusation, porter sur tous ces faits et *rien que sur ceux-là :* nécessité dès lors d'une analyse exacte de l'accusation pour ne rien omettre des éléments caractéristiques ou pour n'en pas mêler d'étrangers.

Les questions pourront cependant s'éloigner de l'acte d'accusation, mais dans une certaine mesure seulement; en tenant compte des modifications apportées par les débats, le président des assises devra éviter de substituer une accusation à une autre, ce qui impliquera souvent l'appréciation de nuances fort délicates.

Si on propose une excuse, elle devra, pour être accueillie, avoir un caractère légal : ce sera là souvent la source de graves embarras.

Le président des assises pose les questions, mais la Cour d'assises à raison des incidents que la rédaction de celles-ci peut faire naître, a une compétence exclusive; il importe alors de préciser les droits respectifs de toutes les parties intéressées : le président, la Cour d'assises, le ministère public, le défenseur, et cette détermination n'est pas sans difficulté.

Ce sont là, pour ainsi dire, les principes généraux; mais en outre certaines règles spéciales devront être observées : il faudra choisir avec soin la formule, adopter une certaine forme extrinsèque, décomposer les éléments de l'incrimination sans aller au delà d'une certaine division, éviter les questions complexes, enfin n'appeler les jurés à répondre que dans les limites de leur compétence.

En indiquant les difficultés du sujet, j'en ai fait pressentir l'étendue : mon intention n'est pas de l'explorer dans tous ses détails; un livre suffirait à peine à cette tâche, et je n'entreprends ici qu'une dissertation. Je veux seulement discuter quelques points particuliers et présenter des observations critiques sur certaines solutions admises par les auteurs ou les arrêts; mais je ne saurais ainsi faire irruption dans la matière et courir d'un point à un autre sans risquer de me voir bientôt abandonné par le lecteur, dont j'aurais fatigué l'attention. Dans un intérêt d'ordre et de méthode, je ferai donc une exposition générale du sujet : résumant dans certaines parties la doctrine et la jurisprudence, je m'acheminerai ainsi logiquement et sans effort vers celles que je veux développer davantage.

Et d'abord, traçons par quelques divisions le plan de ce travail; voici le cadre que je me propose de remplir :

CHAPITRE Ier. — De la position des questions.
SECTION Ire. — Ce que doivent contenir les questions.
§ 1er Questions résultant de l'acte d'accusation..
§ 2. Questions résultant des débats.
§ 3. Des excuses et du discernement.
SECTION II. — Forme des questions.
§ 1er Forme extrinsèque.
§ 2. Forme intrinsèque.
SECTION III. — Des incidents.
CHAPITRE II. — Du verdict.

CHAPITRE Ier.

DE LA POSITION DES QUESTIONS.

SECTION Ire.

Ce que doivent contenir les questions.

§ 1er. — *Questions résultant de l'acte d'accusation.*

Le Code d'instruction criminelle n'offre pas, sur la position des questions, un ensemble de règles bien coordonnées : quelques brèves dispositions contenues dans les articles 337 et suivants ont à peine posé quelques principes, et cette matière, effleurée seulement par le législateur, a été abandonnée aux incertitudes de la doctrine et de la jurisprudence. Ces dernières paroles sont moins une critique qu'un regret : les auteurs et les arrêts qui ont cherché à combler la lacune laissée dans notre législation criminelle ont entrepris une œuvre méritoire qu'ils ont souvent accomplie avec bonheur, mais la divergence et l'absence d'unité, inconvénients inévitables de cette création, font désirer l'intervention du législateur. Quoi qu'il en soit, suivons attentivement ce travail de l'interprétation.

Nous rencontrons en premier lieu une règle que l'on formule généralement en ces termes : *L'accusation doit être purgée.* Quel est le sens de cette maxime? On veut dire par là que tous les faits incriminés par l'acte d'accusation doivent être soumis à l'appréciation du jury. Ce principe indiqué par l'article 337

importe également à la société et à l'accusé : il intéresse la société, car l'omission de quelques-uns des faits énoncés par l'acte d'accusation pourrait amener l'impunité d'un coupable; il intéresse l'accusé, car l'acquittement prononcé par le jury dans ces conditions ne lui assurerait pas une sécurité complète et ne le mettrait pas toujours à l'abri de nouvelles poursuites.

Ceci dit, cherchons maintenant à préciser la portée de cette règle :

Aux termes de l'article 337 l'acte d'accusation sert de régulateur pour la position des questions : cette indication est plus pratique que théorique. L'acte d'accusation est dressé d'après l'arrêt de renvoi, de sorte que le plus ordinairement il y a, entre ces deux actes de la procédure, une parfaite concordance; il pourrait arriver cependant que l'acte d'accusation ait omis quelques-uns des faits consignés dans l'arrêt de renvoi, ou qu'il en ait ajouté de nouveaux. Dans ce cas que fera le président des assises? Prendra-t-il pour texte de ses questions l'acte d'accusation ou l'arrêt de renvoi? La jurisprudence a eu à se préoccuper de cette difficulté, et elle a décidé que l'arrêt de renvoi devait, au cas de dissidence avec l'acte d'accusation, être seul suivi. (V. à cet égard cass., 18 octobre 1817, 2 décembre 1825, 26 janvier 1827, 2 septembre 1831, 14 mai 1849, 23 décembre 1858.)

On peut regarder ce point de doctrine comme constant, car les motifs sur lesquels repose la jurisprudence sont sans réplique. L'article 271 du Code d'instruction criminelle dispose que le procureur général ne pourra, *à peine de nullité*, porter à la Cour d'assises d'autre accusation que celle qui a été arrêtée par la chambre des mises en accusation. L'acte d'accusation est donc subordonné essentiellement à l'arrêt de renvoi, et, lorsque l'article 337 exige la conformité des questions à l'acte d'accusation, c'est à la condition que l'acte d'accusation ait été dressé régulièrement. Ajoutons que cette solution est éminemment raisonnable : car d'une part, si le président des assises faisait porter ses questions sur des faits nouveaux visés par l'acte d'accusation, l'accusé se trouverait ainsi privé des garanties de la procédure préliminaire; d'autre part, si le président des assises, perdant de vue l'arrêt de renvoi, omettait de poser des questions sur des faits oubliés par l'acte d'accusation, la vindicte publique éprouverait souvent un préjudice irréparable.

En comblant, à l'aide de l'arrêt de renvoi, la lacune qui se trouve dans l'acte d'accusation, le président ne cause aucun grief à l'accusé.

La correction apportée par la jurisprudence au texte de l'article 337 est donc rationnelle. Cette réserve faite d'accord avec les arrêts précités, revenons avec les rédacteurs du Code d'instruction criminelle *ad id quod plerumque fit*, c'est-à-dire à l'hypothèse où il y a entre l'acte d'accusation et l'arrêt de renvoi une complète analogie.

Le président des assises pose ses questions d'après l'acte d'accusation; mais quel est le rapport qui doit exister exactement entre les questions et l'acte d'accusation? L'article 241 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « ..... L'acte « d'accusation exposera 1° la nature du délit qui forme la base « de l'accusation; 2° le fait et toutes les circonstances qui peu- « vent aggraver ou diminuer la peine; le prévenu y sera dé- « nommé et clairement désigné. — L'acte d'accusation sera « terminé par le résumé suivant : *En conséquence N. est accusé « d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec « telle et telle circonstance.* »

On enseigne généralement que le président des assises devra surtout s'attacher à ce résumé, et que, dans la position des questions, il devra avoir soin de spécifier, avec leur dénomination légale, toutes les circonstances constitutives et aggravantes du crime objet de l'accusation. La pratique la plus habituelle suit ces errements. En effet, si on recherche les principaux monuments de la jurisprudence, on verra qu'il a été décidé que dans une accusation d'attentat à la pudeur, le jury doit être interrogé sur le point de savoir si l'accusé est coupable d'avoir, dans certaines circonstances de temps et de lieu, commis un *attentat à la pudeur* sur telle personne; dans une accusation de viol, si l'accusé est coupable d'avoir à....., le....., commis un *viol* sur telle personne; dans une accusation d'extorsion de titre, si l'accusé est coupable d'avoir à....., le....., extorqué par force la remise d'un acte emportant *obligation, disposition* ou *décharge;* dans une accusation de faux en écriture de commerce, si l'accusé est coupable d'avoir à....., le....., fabriqué une *lettre de change;* dans une accusation de vol, à l'égard des circonstances aggravantes, si le vol a été commis avec *escalade, effraction* ou sur un *chemin public.* Je

pourrais multiplier les exemples, mais je m'arrête à ceux-là.

L'accusation ne sera-t-elle purgée qu'à ces conditions? Je suis profondément convaincu qu'il y a, dans ces solutions de la jurisprudence, l'exagération d'un principe et la violation d'un autre. Et d'abord cette théorie communément suivie est contraire à cette règle fondamentale de notre législation criminelle : que les jurés sont juges du fait, non du droit; je n'insiste pas sur cette considération importante et je renvoie à cet égard aux développements que je lui ai donnés dans cette *Revue* même. Mais c'est ici le lieu d'examiner de plus près une objection déjà réfutée, et de prouver qu'on étend, outre mesure, la portée de la maxime : *L'accusation doit être purgée.*

Il n'est pas de meilleur moyen d'en déterminer exactement le sens qu'en se référant aux motifs qui l'ont fait établir. On a voulu sauvegarder les droits de la société et ceux de l'accusé, empêcher l'impunité des coupables en permettant aux organes de la vindicte publique de dérouler devant le jury tous les chefs d'accusation, procurer à l'accusé innocent une sécurité entière en le mettant, par un verdict portant sur tous les points, à l'abri de poursuites nouvelles. — Toutes les accusations reposent sur des faits commis par l'accusé; or, si le jury a été appelé à apprécier chacun des faits reprochés à l'accusé, s'il a statué sur la *moralité* et la *matérialité* de chacun d'eux, l'accusation ne sera-t-elle pas purgée? Le ministère public n'a-t-il pas épuisé contre l'accusé toutes les chances de la répression, puisqu'il lui a demandé compte de toutes ses actions? L'accusé acquitté dans ces conditions pourrait-il craindre d'être jamais troublé dans son repos à l'occasion des mêmes faits, puisque le jury les a tous déclarés innocents?

Pour atteindre ce résultat, il n'est pas besoin que les jurés vérifient la qualification. Ce point peut encore être démontré de la manière suivante :

Il n'y a pas de qualification possible sans un fait matériel qui lui corresponde; or, si le jury est interrogé sur chacun des faits matériels correspondant exactement à la qualification, il arrivera de deux choses l'une : ou bien sa réponse sera négative, ou bien elle sera affirmative. Dans le premier cas, le fait matériel n'existant pas ou l'accusé n'étant pas coupable de l'avoir commis, la qualification adoptée par la chambre des mises en accusation disparaît par la force même des choses; il est évident, en

effet, qu'il n'y a pas lieu de se préoccuper du caractère juridique d'un fait qui n'existe pas ou qui n'est pas imputable à l'accusé. L'accusation, dans cette hypothèse, est donc purgée et quant au fait et quant à la qualification, *accessorium sequitur principale.* Dans le deuxième cas le jury ayant fixé, par sa déclaration, la matérialité et la moralité du fait, la Cour d'assises détermine son *caractère légal*, adopte, rejette ou modifie la qualification admise par la chambre des mises en accusation, et, dans cette hypothèse encore, il est vrai de dire que l'accusation sera purgée et quant au fait et quant à la qualification.

On veut que le jury statue sur la qualification! Mais si par impossible la chambre des mises en accusation avait admis une qualification partielle sans fait correspondant (une escalade sans clôture franchie), le jury devrait-il donc être interrogé sur cette accusation chimérique?

Suivant moi, la règle que l'accusation doit être purgée se réduit à ces termes :

Tous les faits matériels énoncés dans l'arrêt de renvoi doivent être soumis au jury. Le jury doit en apprécier la matérialité et la moralité, mais là s'arrête sa mission et commence celle de la Cour d'assises. J'ajoute maintenant qu'il n'est pas nécessaire que les jurés soient appelés à délibérer sur tous les faits particularisés dans l'acte d'accusation; il suffit qu'ils soient interrogés sur les circonstances caractéristiques soit d'une condition constitutive soit d'une condition aggravante du crime, objet de l'accusation. Le président des assises devra s'attacher non à une certaine partie de l'acte d'accusation, mais à toutes; il étudiera avec soin les rapports des faits qui y sont consignés avec la qualification adoptée dans le résumé, et, choisissant avec discernement les éléments matériels qui correspondent exactement à chacun des termes de la qualification, il interrogera le jury sur la moralité et la matérialité de ces éléments de fait.

C'est là sans doute une opération délicate; mais qu'on veuille bien remarquer que dans le système contraire, la tâche du président des assises offre les mêmes difficultés; dans notre opinion la différence est seulement au profit du jury dont la mission se trouve simplifiée. Du reste, il ne faut pas oublier que la présidence des assises est confiée à des magistrats haut placés dans la hiérarchie judiciaire et que distingue, entre leurs collègues,

sinon une science plus étendue, du moins une plus grande habitude des affaires criminelles.

Quand l'article 337 du Code d'instruction criminelle déclare que la question résultant de l'acte d'accusation *sera posée en ces termes*, cela ne veut pas dire que le président soit astreint à observer strictement l'ordre, la lettre et l'économie de l'acte d'accusation. Il suffit que les questions contiennent, même en d'autres termes, tout ce qui se trouve dans l'arrêt bien compris de mise en accusation.

Enfin, les questions doivent être aussi claires et aussi précises que possible.

Les articles 373 et 380 du Code du 3 brumaire an IV prononçaient la nullité de l'arrêt lorsque les questions posées au jury n'étaient pas conformes à l'acte d'accusation. L'article 337 du Code d'instruction criminelle ne reproduit pas la même sanction; mais il était impossible d'admettre que des prescriptions aussi importantes que celles qu'il contient, intéressant à un si haut point les droits de la vindicte publique et de la défense, pussent être impunément violées. Aussi la jurisprudence, transportant ici une théorie déjà appliquée ailleurs, a décidé, par de nombreux arrêts, que la nullité devait être prononcée pour l'omission de toute formalité *substantielle*; elle considère, comme ayant ce caractère, toute question relative à un élément constitutif ou aggravant du crime, objet de l'accusation. En conséquence, le ministère public peut se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'assises lorsque le jury n'a pas été interrogé sur tous les éléments de l'accusation; l'accusé a les mêmes droits lorsque la peine prononcée contre lui est fondée sur des circonstances non déclarées par le jury.

Ce système de la jurisprudence se complète par une addition importante : l'accusé n'est pas admis à se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'assises lorsqu'il y a de sa part défaut d'intérêt. Ainsi il serait non recevable à se plaindre de ce que certaines circonstances aggravantes de l'accusation n'ont pas été soumises au jury, des erreurs commises dans la position des questions, lorsque ces erreurs ont déterminé une peine moindre que celle qu'il avait encourue. (V. cass., 17 nivôse an XII, 14 septembre 1827, 3 janvier 1828, 23 mars 1841, 1er avril 1841.)

On pourrait peut-être objecter contre cette fin de non-recevoir que l'accusé a toujours un intérêt à l'annulation des débats,

puisque, devant la Cour de renvoi, il a chance d'obtenir un acquittement; mais cette objection ne saurait être accueillie. L'article 337 n'a pas édicté, sagement peut-être, la nullité des débats pour toute infraction à ses dispositions; il suit de là que la nullité ne saurait être prononcée que pour des motifs très-sérieux ou, pour employer l'expression même des arrêts, pour l'omission de formes substantielles. Or, que faut-il entendre par *formes substantielles?* Il peut paraître difficile de déterminer le degré d'importance nécessaire pour que la formalité qui intéresse les parties soit considérée comme substantielle, mais il n'est pas douteux qu'une formalité qui est sans intérêt pour les parties ne soit pas substantielle. Or l'accusé, loin d'avoir intérêt à ce que toutes les circonstances aggravantes de l'accusation soient soumises au jury, a, à ce qu'il semble bien, un intérêt tout à fait opposé; le ministère public aurait seul le droit de se plaindre dans ce cas, et, s'il garde le silence, l'accusé, complétement désintéressé pour lui-même, ne saurait le suppléer. Parlera-t-on des chances qu'ouvrirait pour ce dernier un renvoi devant un nouveau jury? Mais c'est là un intérêt né *ex post facto* et pour lequel on ne peut guère se montrer favorable, car il ressemble fort au calcul d'un coupable qui cherche l'impunité dans les hasards d'une nouvelle épreuve judiciaire. Je donne, en cette partie au moins, une complète adhésion aux principes formulés par la jurisprudence.

L'article 337 du Code d'instruction criminelle dispose que la question résultant de l'acte d'accusation sera posée en ces termes : « L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime *avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation?* » Cette dernière partie de l'article a été modifiée par la loi de 1836; je mentionne cette modification, en passant, pour présenter le commentaire complet de l'article 337; mais les observations que nous aurons à fournir sur ce point trouveront leur place ailleurs.

Je résume en quelques mots les développements qui précèdent : l'accusation portée contre l'accusé doit être purgée; pour cela il est nécessaire que chacun des chefs d'accusation formulés dans l'arrêt de renvoi soit soumis à la délibération du jury, mais il suffit que les jurés soient appelés à apprécier les éléments de fait caractéristiques des circonstances constitutives et aggravantes du crime, objet de l'accusation. Il n'y a pas de

formules sacramentelles pour la position des questions, mais seulement des usages reçus et consacrés par la pratique. L'omission des formes substantielles entraîne l'annulation des débats sur le pourvoi des parties intéressées, mais ici, comme ailleurs, l'intérêt étant la mesure des actions, le défaut d'intérêt élèvera contre le pourvoi une fin de non-recevoir.

Le président des assises doit donc poser les questions résultant de l'acte d'accusation ou de l'arrêt de renvoi, *mais il ne doit pas aller au delà.* Ce second principe, sur la portée duquel on est loin de s'entendre, nous amène à un autre ordre d'idées que nous allons aborder dans le paragraphe suivant.

TH. BAZOT.

(*La suite à une livraison prochaine.*)

CHRONIQUE.

Les anniversaires, les jubilés sont à l'ordre du jour en Allemagne. Après les fêtes de Schiller, après le jubilé de Mittermaier, l'Université de Berlin vient de célébrer avec un grand éclat le 50e anniversaire de sa fondation. Les Universités de l'Allemagne et de la Suisse allemande se sont fait représenter, par de savantes députations, à cette solennité qui, commencée le 15 et continuée jusqu'au 18 octobre, semble, à cette date même, avoir emprunté le caractère d'une de ces manifestations patriotiques, si fréquentes en Allemagne depuis quelques années.

Parmi les sommités de la jurisprudence brillaient ses deux vétérans, MM. de Savigny et Mittermaier. M. de Savigny est le dernier survivant de la pléiade savante, des Niebuhr, des Ficht, des Schleiermacher, qui avaient inauguré la fondation de l'Université de Berlin. Quelques jours plus tard, le 31 octobre, l'illustre professeur reçut chez son fils, ministre de Prusse à Dresde, dans une fête de famille, les délégués des principales Facultés de droit de l'Allemagne, qui sont venus lui présenter des adresses de félicitations et de nombreuses dissertations à l'occasion du 60e anniversaire de son doctorat à l'Université de Giessen, où il a débuté dans l'enseignement du droit romain qu'il devait enrichir de si glorieux travaux.

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Abolition de la peine de mort. V. Législation.
Administration de la justice civile. V. Législation.
Assurance du risque locatif. V. Droit commercial.
Attentat aux mœurs. V. Droit pénal.
Autorité de la chose jugée. V. Droit civil.
Bibliographie. — Du droit industriel, dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses, par M. Renouard. 79
— Le droit pénal étudié dans ses principes, dans les usages et les lois des différents peuples du monde, par M. Tissot. 175
— Traité de l'instruction criminelle, par M. Faustin Hélie. 344
— Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, par M. A. Bonnet. 353
— Histoire de la liberté politique en France, par M. Jules de Lasteyrie. 367
— Des sections de commune, des droits, des charges, des ressources propres des sections, de la gestion de leurs biens et de la représentation de leurs intérêts, par M. L. Aucoc. 376
— Les Codes français, par M. L. Tripier. 381
— Cours de droit public et administratif, par M. Laferrière. 466
— Manuel de droit commercial, par M. Bravard-Veyrières. 475
Cautions des contraignables par corps. V. Droit civil.
Chronique. 568
Clause de vote parée. V. Procédure civile.
Conservateurs des hypothèques. V. Droit civil.
Cours de droit public et administratif. V. Bibliographie.
Création des colonies d'enfants assistés. V. Législation.
Cumul de la quotité disponible et de la réserve. V. Droit civil.
Dation de conseil judiciaire. V. Procédure civile.
Dispositions par contrat de mariage et dispositions entre époux. V. Bibliographie.
Donataire en avancement d'hoirie. V. Droit civil.
Droit civil. — Le jugement rendu au criminel a, au civil, et sur la matérialité des faits déclarés constants, autorité de chose jugée à l'égard de tous, même des tiers qui n'auraient pas pu, faute de qualité, intervenir dans l'instance criminelle. 1

Pages.

Droit civil. — La filiation naturelle peut-elle, comme la filiation légitime, s'établir par la possession d'état? 97
— Les conservateurs des hypothèques sont tenus de se conformer, pour la délivrance des certificats qui leur sont demandés, aux termes des réquisitions qu'ils reçoivent. 220
— De l'effet de l'inscription hypothécaire prise par un créancier du vendeur après l'aliénation, mais avant la transcription du contrat de vente. 334
— De la jurisprudence des arrêts sur les cautions des contraignables par corps. 385
— Réflexions sur le cumul de la quotité disponible et de la réserve, dans le cas de renonciation à la succession, par un donataire en avancement d'hoirie. 519
Droit industriel. V. Bibliographie.
Droit commercial. — Des prises. 312
— Assurance du risque locatif; droit du propriétaire-bailleur sur l'indemnité; nature et limite de l'obligation de l'assureur. 450
Droit pénal. V. Bibliographie.
— Examen doctrinal de la jurisprudence sur l'attentat aux mœurs. 481
— De la position des questions au jury en matière criminelle 559
État d'inscriptions. V. Droit civil.
Expropriation forcée. V. Législation.
Faillite du locataire assuré. V. Droit commercial.
Filiation légitime. V. Droit civil.
Filiation naturelle. V. Droit civil.
Formule exécutoire. V. Procédure civile.
Histoire de la liberté politique en France. V. Bibliographie.
Histoire du droit. — Du régime municipal en France dans les villages. 147
— De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français. 536
Inscription hypothécaire. V. Droit civil.
Instruction criminelle. V. Bibliographie.
Interdiction. V. Procédure civile.
Jugement. V. Procédure civile.
Législation. — Études sur l'administration de la justice civile. 13
— Rapport sur la révision du Code pénal de Portugal. 56, 119, 500
— La séparation de corps réformée. 250
— Exposé des motifs du projet de loi pour l'abolition de la peine de mort dans les Principautés-Unies. 441
— Du rétablissement des tours et de la création des colonies d'enfants assistés. 529
Manuel de droit commercial. V. Bibliographie.
Nécrologie. — M. Foucart. 206
Position des questions au jury. V. Droit pénal.
Possession d'état. V. Droit civil.
Prises. V. Droit commercial.
Procédure civile. — Le jugement qui, en matière d'interdiction ou de dation de conseil judiciaire, ordonne, par application de l'article 893 du Code de procédure civile, la preuve des faits articulés par le de-

Pages.
mandeur, doit être rendu en chambre du conseil et sans publicité. 209
Procédure civile. — Exposé des principes sur la formule exécutoire. . 226
— De la saisie immobilière et particulièrement de *la clause* dite *de voie parée*. 420
Publicité. V. Procédure civile.
Régime municipal. V. Histoire du droit.
Renonciation à la succession. V. Droit civil.
Révision du Code pénal de Portugal. V. Législation.
Saisie immobilière. V. Procédure civile.
Sections de commune. V. Bibliographie.
Séparation de corps. V. Législation.
Transcription du contrat de vente. V. Droit civil.

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

A. Ancelot : Bibliographie. — Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, par M. Bonnet. 353
Aubépin : De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français. 536
Th. Bazot : De la position des questions au jury en matière criminelle 559
P. Bernard : La séparation de corps réformée. 250
A. Bertauld : Bibliographie. — Histoire de la liberté politique en France, par M. Jules de Lasteyrie. 367
Bigard : Du rétablissement des tours et de la création des colonies d'enfants assistés. 529
Boéresco : Exposé des motifs du projet de loi pour l'abolition de la peine de mort dans les Principautés-Unies. 441
A. Bonnet : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de procédure civile. 209
Bonneville : Rapport sur la révision du Code pénal de Portugal; notes et traduction. 56
— Idem. 119
— Nouveau rapport. 500
Bravard-Veyrières : Des prises. 312
G. Bressolles : Réflexions sur le cumul de la quotité disponible et de la réserve. 519
Coin-Delisle : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière de contrainte par corps. 385
Domenget : De l'effet de l'inscription hypothécaire prise par un créancier du vendeur après l'aliénation, mais avant la transcription du contrat de vente. 334
N. Gaillard : Nécrologie. — M. Fouart. 206

Pages.

F. Hélie : Examen doctrinal de la jurisprudence sur l'attentat aux mœurs. 481
Labbé : Bibliographie. — Des sections de commune, etc., par M. L. Aucoc. 376
Laferrière : Bibliographie. — Rapport sur le livre *Du droit industriel* de M. Renouard, lu à l'Académie des sciences morales et politiques. 79
Lafontaine : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . 97
A. Lalanne : Bibliographie. — Les Codes français, par M. L. Tripier. . 381
Lavielle . Études sur l'administration de la justice civile. 13
Malapert : Exposé des principes sur la formule exécutoire. 226
L. Philbert : Assurance du risque locatif; droit du propriétaire-bailleur sur l'indemnité; nature et limite de l'obligation de l'assureur. 450
Paul Pont : Bibliographie. — Traité de l'instruction criminelle, par M. Faustin Hélie. 344
Pougnet : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . . 1
Ch. Rameau : De la saisie immobilière et particulièrement *de la clause* dite *de voie parée*. 420
Serrigny : Du régime municipal en France dans les villages. 147
— Bibliographie. — Cours de droit public et administratif, par M. Laferrière. 466
Simonnet : Bibliographie. — Le droit pénal étudié, etc., par M. Tissot. 175
L. Tripier : Bibliographie. — Manuel de droit commercial, par M. Bravard-Veyrières. 475

Ex, EHR

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, 26, rue Racine.